Der Verzicht auf die Sicherheit

Ein Beitrag zur Pfandrechtsnatur der Sicherungsübereignung

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Rostock

vorgelegt von

H. A. LORENTZ

Rostock
Carl Hinstorffs Hofbuchdruckerei
1929

Referent: Professor Dr. Walsmann.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

MEINEM VATER

DEM LANDESFINANZAMTSPRÄSIDENTEN

ROBERT LORENTZ

VORWORT.

Der Streit um die Sicherungsübereignung gehört, ähnlich dem um die Rechtsnatur der Vormerkung, zu den Kontroversen, die nicht sterben können und im Lauf der Jahre eine schier undurchdringliche Spezialliteratur erzeugt haben.

Wenn ich mich gleichwohl entschließe, gerade auf diesem Feld noch etwas zu versuchen, so nur, weil die eminent praktische Bedeutung der Sicherungsübereignung immer wieder zur Beschäftigung mit ihr drängt, und weil ich das Thema von einer, wie ich glaube, noch nicht ausgeschöpften Seite betrachte.

Die Anregung dazu verdanke ich Herrn Professor Dr. Walsmann. Mein Dank gebührt auch den Herren Dr. Peter Brunswig vom Vorstand der Deutschen Bank, Berlin, Ernst Fretzdorff von der I. G. Farbenindustrie, Tientsin, und Jean Marie La Ruelle von der Bank of Boston, Buenos Aires, deren liebenswürdige Auskünfte über einzelne praktische Fragen eigene Beobachtungen bestätigt und mich so in der Kritik der bisherigen Konstruktion bestärkt haben.

Rostock, Oktober 1929.

H. A. L.

INHALTS-ÜBERSICHT.

Seite

§ 1. Einleitung.

1. TEIL.

Uebersicht über die Sicherungsübereignung.

§ 2. I. Versuch ihrer Ablehnung 3

1. als in fraudem legis
2. als simuliert.

§ 3. II. Tatsächliche Anerkennung durch die Praxis . . 8

§ 4. III. Konstruktionsversuche 10

1. als fiduziarische Eigentumsübertragung
   a) unbedingt
   b) auflösend bedingt
   c) aufschiebend bedingt.
2. Abweichende Konstruktionen
   a) Dispositionsnießbrauch
   b) Verfügungsermächtigung.

§ 5. IV. Mängel der Eigentumskonstruktion 15

1. Schwierigkeiten des constitutum possessorium
2. Im Konkurs
   a) des Gläubigers
   b) des Schuldners.
3. In der Zwangsvollstreckung.
4. Rückübereignung?

2. TEIL.

Der Verzicht.

§ 6. I. Im allgemeinen 27

1. Verzichtsbegriff
2. Verzichtbarkeit
3. Verzichtsaktion.

§ 7. II. Im Sachenrecht 36

1. Verzicht auf das Eigentum
2. Verzicht auf das Pfandrecht.

3. TEIL. Seite

Der Verzicht auf die Sicherheit.

§ 8. I. Bewegliche Sachen 40

Anhang: Das englische Lien.

§ 9. II. Forderungen 57

1. mit Wertpapieren
2. ohne Wertpapiere
   a) im allgemeinen
   b) Diskontierung von Buchforderungen.

§ 10. Schluß: Die Sicherungsübereignung als Pfandrecht 66

LITERATURVERZEICHNIS.

(Die hier angeführte Literatur wird abgekürzt zitiert).

Ackermann, Die Sicherungsübereignung an Warenlagern. Marburg 1919.

Asch, Rechtsbehelfe des Gläubigers bei Rechtsgeschäften des Schuldners zum Nachteil des Gläubigers. J. W. 1912, S. 65 ff.

Bähr, Urteile des Reichsgerichtes mit Besprechungen. München und Leipzig 1883.

Bernstein, Die Sicherungsübereignung von noch nicht bezahlten Waren. Bank-Archiv, 26. Jahrg., S. 97.

Bernstein, Der uneigentliche Eigentumsvorbehalt an gelieferten Waren. Bank-Archiv, 26. Jahrg., S. 62 ff.

Biermann, Sachenrecht, 3. Aufl. 1914.

Birnbaum, Sicherungsübereignung oder Registerpfand? Recht und Handel 1926, S. 31 ff.

Boeck, Die Sicherungsübereignung von Warenlagern. Eine systematische Darstellung ihrer rechtlichen Grundlagen, Göttinger Diss. 1913.

Boeck, Sicherungsübereignung und Schuldübernahme (§ 418 BGB.). Leipz. Z. 1922, 241 ff.

Bonnet, Die Sicherungsübereignung, insbesondere von Warenlagern. Tübinger Diss. 1912.

Boschan, Sicherungsübereignung und Gläubigernot. J. W. 1912, S. 8 ff.

Bruck, Die Einigung im Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches. Berlin 1900.

Cahn, Die Sicherungsübereignung als gangbarste Form des Kreditgeschäfts. Zbl. f. Hand.-Recht 1926, S. 426.

Caspari, Sicherungsübereignung und Sicherungscession nach gemeinem Recht und BGB. Rostocker Diss. 1903 (2. Aufl., bearbeitet von Pagel, 1915).

du Chesne, Begriff und Arten des Verzichtes. Arch. Bürg. Recht, Band 42, S. 296 ff.

Cohn, Erlaß und Verzicht nach dem BGB. Gruchot 47, S. 221 ff.

Cosack-Mitteis, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes, 7./8. Aufl. 1924.

Crome, System, Band 1 1900, Band 2 1902, Band 3 1905.

Dernburg, Bürgerliches Recht, Band 1 1902.

Dobriner, Die Sicherungsübereignung eines Warenlagers. Heidelberger Diss. 1910.

Düringer, Zur Lehre vom Sicherungskauf. Leipz. Z. 1908, S. 97 ff.

Düringer, Warenlager als Gegenstand der Sicherungsübereignung. Leipz. Z. 1911, 417 ff.

Düringer-Hachenburg, Kommentar HGB., 2. Band 1910.

Eccius, Einigung und dinglicher Vertrag, Gruchot Band 47, S. 51 ff.

Eccius, Hypothek an beweglichen Gegenständen. Gruchot Band 48, S. 470 ff.

Eccius, Rechtsgeschäftlicher Verzicht auf Einreden. Gruchot Band 50, S. 1 ff.

Eckhardt, Sicherungsübereignung oder Registerpfandrecht? Zbl. f. Handelsr. 1926, S. 253 ff.

Endemann, Lehrbuch, 8./9. Aufl. 1905.

Engfer, Die rechtliche Natur der sachenrechtlichen Einigung. Greifswalder Diss. 1926.

Ennneccerus (Enneccerus-Kipp-Wolff), Lehrbuch, I, 1, 22./24. Aufl. 1924; I, 2, 23./27. Aufl. 1927.

Friedländer, Bemerkungen zum Entwurf eines Gesetzes betreffend Einführung des Registerpfandrechts. Zbl. f. Handelsr. 1926, S. 99 ff.

Fuchs, Sicherungsübereignung an den Hauptgläubiger und Eigentumsvorbehalt eines anderen Gläubigers. Zbl. f. Handelsr. 1926, S. 422 ff.

Fuchs, Sicherungsübereignung und Steuer. Zbl. f. Handelsr. 1928, S. 17 ff.

Fuchs, Pseudonyme Rechtsgeschäfte. Arch. Civ. Pr. Band 115, S. 84 ff.

Gaupp-Stein-Jonas, Kommentar zur ZPO. 14. Aufl. 1929.

Gerbert, Die Sicherheitsübereignung und das Mobiliarsicherungsrecht. Rostocker Diss. 1905.

Gierke, Deutsches Privatrecht, 2. Band 1905.

Grünebaum, Die Mobiliarhypothek im Interesse unseres Wiederaufbaues. D. J. Z. 1920, S. 584.

Hallbauer, Aphorismen aus dem Gebiete der Sicherheitsübereignung. Sächs. Arch. f. Rechtspfl. 1907, S. 73, 169, 193, 217, 265, 289, 457.

Hallbauer, Die Sicherheitsübereignung als Kreditmittel. Bank-Archiv, 8. Jahrg., S. 325 ff.

Heckelmann, § 868 BGB. und die Rechtsprechung des Reichsgerichts zum Sicherungsübereignungsvertrag. Leipz. Z. 1915, S. 1429 ff.

Hellwig, Ueber die Zulässigkeit der Eigentumsübertragung zur Sicherung einer Forderung. Arch. Civ. Praxis, Band 64, S. 369 ff.

Hellwig, Gläubigernot. Sicherungsübereignungen und andere Schiebungen. Recht und Wirtschaft, 1. Jahrg., S. 25, 62, 84.

Henle, Lehrbuch, Allgemeiner Teil. Berlin 1926.

Heymann, Versuch einer neuen Konstruktion der Sicherungsübereignung und anderer fiduziarischer Geschäfte. DJZ. 1912, S. 1509 ff.

Hoeniger, Die Sicherungsübereignung von Warenlagern. Zeitschrift d. Dt. Notarvereins 1911, S. 177 ff, 2. Auflage. Mannheim und Leipzig 1912.

Hoeniger, Die Diskontierung von Buchforderungen, ihre Rechtsnatur und Rechtswirkungen. Mannheim und Leipzig 1912.

Hoeniger, Die Sanierung der Sicherungsübereignung. Bank-Archiv 26. Jahrg., S. 265 ff.

Hoeniger, Zur Sanierung der Sicherungsübereignung. Bank-Archiv 26. Jahrg., S. 396 f.

Hoeniger, Der Erwerb des Sicherungseigentums an nicht bezahlter Ware. J. W. 1927, S. 627 ff.

Hoeniger, Zum Urteil des Obergerichts Danzig. J. W. 1927, S. 718 f.

*

Jaeger, Kommentar zur KO., 5. Aufl. 1916.

Janke, Die Sicherungsübereignung — kein Sicherungsmittel mehr. Sparkasse, 47. Jahrg., S. 14 f.

---

*) Erst nach Abschluß der Arbeit höre ich von Alfred Jacuriel, Die Sicherungsübereignung, Rechtsfragen der Praxis, Band 2. Berlin 1928. Das Werk war mir nicht mehr zugänglich; ich möchte aber wenigstens an dieser Stelle darauf hinweisen.

Janke, Noch einmal die Sicherungsübereignung als Sicherungsmittel, Sparkasse 1927, S. 171 ff.

Kadelbach, Sicherungsübereignung und Rechtsprechung. Bank-Archiv, 26. Jahrg., S. 93 ff.

Karger, Sicherungsübereignungen von Forderungen, Recht und Handel 1926, S. 105 ff.

Karger, Sicherungsübereignung von Buchforderungen. Recht und Handel 1926, S. 557 ff.

Katzenstein, Die Sicherung von Forderungen durch Uebereignung von Mobilien. Gruchot Band 49, 323 ff.

Klang, Wen sichert die Sicherungsübereignung? Recht und Wirtschaft 1912, S. 352 ff.

Kleinrath, Die Sicherungsübereignung von Warenlagern. Leipz. Z. 1912, S. 104 ff.

Koch, Warenlager als Gegenstände der Sicherungsübereignung. Bank-Archiv 18. Jahrg., S. 26 ff.

Koch, Sicherungsabtretung von Forderungen. Bank-Archiv 18. Jahrg., S. 155 ff.

Koch, Zum Gesetzentwurf betreffend die Einführung des Registerpfandrechtes. Bank-Archiv 25. Jahrg., S. 270 ff.

Koch, Zur Sanierung der Sicherungsübereignung. Bank-Archiv 26. Jahrg., S. 297 ff.

Kohler, Lehrbuch, 1906.

Kohler, Vertrag und Uebergabe. Arch. Bürg. Recht, Band 18, S. 1 ff.

Lamprecht, Das Recht des Sicherungsnehmers bei der sogenannten Sicherungsübereignung eines Warenlagers als begrenztes dingliches Recht außerhalb des numerus clausus der Sachenrechte im BGB. Jenaer Diss. 1922.

Landmann, Die Diskontierung offener Buchforderungen. Zeitschr. f. Schweizer R., 33. Band, S. 221 ff.

Lang, Die Wirkungen der fiduziarischen Geschäfte. Arch. Civ. Praxis Band 83, S. 336 ff.

Lehmann, Gläubigerschutz. Mannheim, Berlin, Leipzig 1926.

Levin, Zur Auslegung des § 94 ZPO. Ein Beitrag zur prozessualen Behandlung der Sicherungsübereignung. J. W. 1912, S. 118 ff.

Liebisch, Die Sicherungsübereignung im Steuerbeitreibungsverfahren. J. W. 1928, S. 946 ff.

Lilienthal, Die Uebereignung zum Zwecke der Sicherung. DJZ. 1912, S. 542 ff.

Linckelmann, Die Sicherheitsübereignungen. Arch. Bürg. Recht, Band 7, S. 209 ff.

Luetgebrune, Die Sicherungsübereignung (Ein Konstruktionsversuch). Göttinger Diss. 1906.

Mansee, Die Sicherungsübereignung von Warenlagern. Rostocker Diss. 1914.

Marck, Zur Konstruktion der Sicherungsübereignung. DJZ. 1913, S. 343 f.

Marck, Die Sicherungsübereignung unter Einschluß der Sicherungsabtretung mit Formularen. Mannheim, Berlin, Leipzig 1917.

Marcus, Rechtsschutz des Gläubigers im Falle der Sicherungsübereignung. Zbl. f. Handelsr. 1927, S. 350 ff.

Marwitz, Die Sicherungsübereignung. Recht und Handel 1926, S. 3 ff.

Maurer, Zur Frage der Einführung des Registerpfandrechtes. Zeitschr. ges. Handelsr., Band 89, 163 ff.

Melsbach, Die Sicherungsübereignung von Warenlagern. J. W. 1913, S. 404 ff.

Merzbach, Das Registerpfand. Bank-Archiv 25. Jahrg., S. 183 ff.

Möller, Zur Frage der Sicherungsübereignung. J. W. 1912, S. 720 f.

Nathan, Die Uebertragung des Eigentums an beweglichen Sachen mittels constitutum possessorium zum Zwecke der Sicherung von Forderungen. Tüb. Diss. 1909.

Nord, Zur Klärung des Sicherungseigentums. Jurist. Rundschau 1927, S. 590 ff.

Nord, Zum Kapitel Gläubigernot. Zbl. f. Handelsr. 1928, S. 116 f.

Oertmann, Zur Frage der Sicherungsübereignung. DJZ. 1911, S. 1178 ff.

Planck-Brodmann, Kommentar, Sachenrecht. 4. Aufl. 1920.

Raape, Die Verfallklausel bei Pfand und Sicherungsübereignung. Berlin 1913.

Recken, Die Sicherheitsübereignung von Warenlagern. J. W. 1913, S. 559.

Regelsberger, Pandekten I. Leipzig 1893.

Regelsberger, Zwei Beiträge zur Lehre von der Cession. Arch. Civ. Praxis Band 63, S. 157 ff.

Reichsgerichtsräte, Kommentar, 6. Aufl. 1928.

Salinger, Empfehlen sich gesetzliche Maßnahmen in bezug auf die Sicherungsübereignung? Gutachten 31. Dt. Jur.-Tag, 1. Band, S. 409 ff. Berlin 1912.

Schaarschmidt, Die Rechtsbeständigkeit von Sicherungsübereignungen nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts. Sparkasse 1927, S. 77 ff., 105 ff.

Schäfer, Die Rechtsprechung über die Sicherungsübereignung. Arch. Bürg. Recht Band 38, S. 1 ff.

Schauer und Rost, Die Kreditsicherung im internationalen Handelsverkehr. Berlin 1926.

Scherer, Die Sicherungsübereignung als Sicherungsmittel. Sparkasse 1927, S. 248 f.

Scherer, Die Umgehung der Faustpfandbestellung nach § 1205 BGB. mittels Sicherheitsbestellung nach § 930 BGB. Rhein. Zeitschr. 2. Jahrg., S. 349 f.

Schmitt, Die Sicherungsübereignung. DJZ. 1912, S. 1041 f.

Schöndorf, Soll die Sicherungsübereignung beseitigt werden? DJZ. 1911, S. 701 ff.

Schöninger, Forderungsabtretung zum Zwecke des Einzugs. Arch. Civ. Pr. 96, S. 163 ff.

Schöny, Treuhandgeschäfte. Arch. Bürg. Recht, Band 35, S. 291 ff.

Schroeder, Erwiderung an Wilutzky. DJZ. 1901, S. 330 ff.

Schultze, Treuhänder im geltenden bürgerlichen Recht. Jhering J., Band 43, S. 1 ff.

Schwabe, Die „Sanierung" der Sicherungsübereignung. Bank-Archiv 26. Jahrg., S. 315 f.

Schwickerath, Die Sicherungsübereignung von noch nicht bezahlten Waren. Bank-Archiv 26. Jahrg., S. 95 ff.

Siber (Planck-Siber), Kommentar II, 1, 4. Aufl. 1914.

Staub-Koenige, Kommentar, 12./13. Aufl. 1927.

Staudinger-Kober, Kommentar, 9. Aufl. 1926.

Stintzing, Die Uebertragung beweglicher Sachen nach deutschem bürgerlichen Rechte mit Heranziehung des gemeinen und römischen Rechtes. Leipzig 1911.

Türk, Ueber die Einziehungsbefugnis des Zedenten im Hinblick auf die Diskontierung von Buchforderungen. J. W. 1911, S. 1003 ff.

von Tuhr, Der Allgemeine Teil des Dt. Bürg. Rechtes, 1918.

Vetsch, Die Umgehung des Gesetzes (In fraudem legis agere). Zürich 1917.

Walsmann, Der Verzicht. Allgemeine Grundlagen einer Verzichtslehre und Verzicht im Privatrecht. Leipzig 1912.

Warneyer, Kommentar, 1927.

Weidemann, Zur Behandlung fiduziarischer Sicherungsgeschäfte. DJZ. 1906, S. 1000 ff.

Weißler, Zur Frage der Sicherungsübereignung. Zeitschr. d. Dt. Notarvereins 1911, S. 546 ff.

Weisweiler, Die Reform der Sicherungsübereignung unter besonderer Brücksichtigung der Einführung eines Registerpfandrechtes. Kölner Diss. 1927.

Wienstein, Bemerkungen zum Begriffe des fiduziarischen Rechtsgeschäfts. Gruchot, Band 46, S. 241 ff.

Wienstein, Neues vom fiduziarischen Rechtsgeschäft. Leipz. Z. 1908, S. 881 ff.

Wilmersdoerffer, Gläubigernot und Schuldnernot. Leipz. Z. 1926, S. 791 ff.

Wilutzky, Die Innen- und die Außenseite des fiduziarischen Rechtsgeschäfts. DJZ. 1901, S. 20 ff.

Wolff (Martin), Sachenrecht, 22./26. Aufl. 1927.

Wolff (Martin), in Ehrenbergs Handbuch IV, 1, S. 15 ff. 1917.

Zeiler, Der Verfügungsnießbrauch als Form der Sicherungsübereignung. DJZ. 1922, S. 558 f.

Zeiler, Einzelfragen zur Sicherungsübereignung. Seufferts Bl. 73. Jahrg., S. 848 ff.

Ziese, Sicherungsübereignung oder Pfandrecht? Zeitschr. d. Dt. Notarvereins 1905, S. 648 ff.

EINLEITUNG.

§ 1.

Die Bedeutung der Sicherungsübereignung [1]) wächst täglich. Man würde sich irren, wollte man in ihr immer nur die ultima ratio des „kleinen Mannes“ [2]) erblicken. Das war einmal. Unter dem Druck der Nachkriegsverhältnisse ist sie salonfähig geworden. Das deutsche Export- und Importgeschäft kann nur noch mit ihrer Hilfe finanziert werden, wie ich das persönlich in China und Südamerika beobachten konnte. Das Ausland sichert seine Kredite grundsätzlich durch Sicherungsübereignung, das Rembourgeschäft beruht auf ihr [3]). Selbst der Staat geht mit ihr um und läßt sich etwa für die Durchführung von Umschuldungsaktionen das Inventar von Gütern zur Sicherheit übereignen [4]).

Damit ist die Sicherungsübereignung zu einer Tatsache geworden, von der auch einer ihrer erbittertsten Gegner, Hoeniger, resigniert zugeben muß: Wir werden sie nicht mehr loswerden [5]). Nur darum wird noch gestritten, was sie rechtlich ist, wie man sie konstruieren soll. Anderer Meinung Koch, der sie für ein „in rechtlicher Beziehung voll-

---

1) Bei der rechtlich gleichgelagerten Natur von Sicherungsübereignung i. e. S. und Sicherungszession wird bis auf den dritten, speziellen Teil der Abhandlung der Ausdruck Sicherungsübereignung im weiteren, die Zession mit umfassenden Sinne gebraucht. Vgl. Marck, Sicherungsübereignung 1917, S. 217.

2) Protokolle III, S. 201; Hellwig, Recht und Wirtschaft a. a. O., S. 27 ff.

3) Darüber Merzbach, Bank-Arch. a. a. O., S. 183; Koch ebenda, S. 298.

4) Rostocker Anzeiger, Nr. 61 vom 14. März 1929, S. 1 f., „Die Mecklenburgischen Domänen“.

5) JW. 1927, 630; vgl. auch Bank-Arch. 26. Jahrg., S. 265 f.; JW. 1919, 418. In gleichem Sinne der Reichsfinanzhof (Amtl. Sammlung, Band 19, 126): „Der Rechtszustand muß als gegeben hingenommen werden.“

kommen geklärtes Institut" hält[6]). Ein Blick in das Schrifttum läßt seine Auffassung als unbegründet erkennen. Im Laufe der Jahre und Jahrzehnte ist kaum eine juristische Möglichkeit unversucht geblieben, um zur Erklärung der Sicherungsübereignung herangezogen zu werden. Zu den entlegensten und gewagtesten Konstruktionen hat man gegriffen, um die Tatsachen, vor denen man nicht länger die Augen verschließen konnte, rechtlich zu erfassen.

In dieser Entwicklung lassen sich zwei Stufen unterscheiden, den Weg bahnend zu einer dritten Auffassung, die ich für die richtige halte.

1. Stufe: Versuche, die Sicherungsübereignung kurzerhand als in fraudem legis oder als simuliert abzutun. Demgegenüber konstante Anerkennung in der Praxis. Die Literatur — mit Ausnahmen — findet sich mit ihr ab. Damit:

2. Stufe: Konstruktionsversuche aller Art, aus denen sich der einer fiduziarischen Eigentumsübertragung als der herrschende herausschält. Seine Mängel treten in jedem Prozeß zutage. Widersprüche zu den Grundbegriffen des Privatrechtes ergeben sich.

3. Stufe: Hinneigen zu dem Eingeständnis der Sicherungsübereignung als eines gewohnheitsrechtlich entwickelten spezifischen Pfandrechtes in Eigentumsform[7]).

Zu dieser letzteren, allein mit den von der Praxis gezogenen Konsequenzen in Einklang zu bringenden Auffassung ein bisher wenig beachtetes Indiz beizutragen, ist die Aufgabe der vorliegenden Arbeit.

---

6) Bank-Arch. 25. Jahrg., S. 271; a. A. Nord, Jur. R. a. a. O., S. 591; Lamprecht, a. a. O., S. 2; Ascher, Recht u. H. 1926, 394 und die wohl herrschende Meinung. Richtig Marck, a. a. O., 1917, S. 5: das meiste auf diesem Gebiet ist noch im Flusse, die Frage nach dem Wesen der Sicherungsübereignung ungeklärt.

7) Vgl. Walsmann, Verzicht, S. 223; Hoeniger, JW. 1927, 627, auch Bank-Arch. 26. Jahrg., 268; dagegen früher: ZDNotV. 1911, 215; Lehmann, a. a. O., S. 64; a. M. Koch, Bank-Arch. 26. Jahrg., 298.

I. TEIL:

ÜBERSICHT ÜBER DIE SICHERUNGS-ÜBEREIGNUNG.

§ 2.

Um festen Boden unter die Füße zu bekommen, ist eine Uebersicht über die rechtliche Entwicklung der Sicherungsübereignung unerläßlich, wenngleich grundsätzlich Neues auf diesem nach allen Richtungen durchackerten Feld nicht zu bieten ist. Bei der unheimlich angeschwollenen Spezialliteratur muß diese Uebersicht auch bei Beschränkung auf das Wesentliche etwas länger ausfallen, als im Interesse des eigentlichen Themas erwünscht ist. Dafür läßt sich der zweite Teil, der Verzicht, für unsere Zwecke kürzer fassen.

Die ältere Literatur wird nur in ihren Hauptvertretern herangezogen. Spezialfragen der neueren können nur anmerkungsweise berührt werden.

I. Versuch ihrer Ablehnung.

1. Als in fraudem legis.

Man muß ziemlich weit zurückgreifen, um den Ausgangspunkt für die Entwicklung zu gewinnen. Hellwig[8]) und Bähr[9]) sind wohl die Ersten, die dem neu aufgekommenen Kreditmittel ernstlich zu Leibe gehen. Die Gesetze, welche die Bestellung eines Pfandrechtes an Mobilien nur in Form der Hingabe als Faustpfand gestatten — so lehren sie —, seien Verbotsgesetze, der richtige Gesichtspunkt zur Bekämpfung der Sicherungsübereignung sei derjenige der Gesetzesumgehung[10]). Ihnen folgen, in Einzelheiten voneinander abwei-

8) Hellwig, Arch. Civ. Pr., a. a. O.
9) Bähr, a. a. O.
10) Hellwig, S. 392; Bähr, S. 57, 61.

chend (contra legem statt in fraudem etc.), Bonnet[11]), Caspari[12]), Gerbert[13]), Katzenstein[14]), Leist[15]), Nathan[16]), Scherer[17]), in neuerer Zeit namentlich Vetsch[18]) und Fuchs[19]), besonders aber Hoeniger, der sich fortlaufend mit der Sicherungsübereignung beschäftigt, freilich angesichts der stereotypen sicherungsübereignungsfreundlichen Rechtsprechung seine Auffassung allmählich modifiziert[20]). Hellwig zieht unter dem bezeichnenden Titel „Sicherungsübereignungen und andere Schiebungen" aufs neue gegen das ihm verhaßte, „den Verkehr geradezu vergiftende" Geschäft zu Felde[21]).

Ihnen ist entgegenzuhalten, daß aus § 1205 BGB., auf den sich nach Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuches die Kontroverse zuspitzt, das Verbot der Sicherungsübereignung mittels constitutum possessorium nicht geschöpft werden kann. Noch weniger aus seiner Entstehungsgeschichte[22]). Ein in fraudem legis agere ist begrifflich nur gegen ein Gesetz, in dem etwas verboten, oder gegen ein solches, in dem etwas geboten wird, möglich, nicht aber gegen eine Norm, die lediglich Tatbestandsvoraussetzungen enthält. Eine solche Norm ist § 1205. Hier wird weder verboten, noch geboten, sondern ganz trocken festgestellt, daß beim Vorliegen bestimmter Voraussetzungen ein bestimmter Rechtserfolg eintritt. Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, fehlt es an der Einigung oder der Uebergabe der Sache, dann fehlt es an den Essentialien des Geschäftes, und dieser

---

11) S. 24 ff., a. a. O.
12) S. 43, a. a. O.
13) S. 37 f., 60, a. a. O.
14) S. 334 f., 338, a. a. O.
15) „Die Sicherung von Forderungen durch Uebereignung von Mobilien", Jena 1889, zitiert nach Boeck, Diss.
16) S. 35 f., a. a. O.
17) S. 351, Rhein Z., a. a. O.
18) S. 77, 87, a. a. O.
19) S. 119, Arch. Civ. Pr., a. a. O.
20) JW. 1927, S. 630, und andererseits derselbe in Verhandlungen des 31. Dt. Juristentages 1912, III, S. 228: „verbotenes Umgehungsgeschäft".
21) a. a. O., S. 25, 27 f.
22) Protokolle, Band III, Ziffer III, S. 200 f. Der Antrag, § 930 BGB. für die Sicherungsübereignung auszuschließen, wurde abgelehnt.

Rechtserfolg tritt dann nicht ein. Mehr kann aus dem Gesetz nicht entnommen werden, wenn man unbefangen herantritt.

Es fehlt denn auch nicht an Gegnern, die den Verfechtern der Gesetzesumgehung die Stange halten. Zu ihnen gehören Boschan[23]), Jacobi[24]), Koch[25]), Lilienthal[26]), Luetgebrune[27]), Mansee[28]), Marck[29]), Oertmann[30]), Schroeder[31]), Weißler[32])[33]). Vor ihnen und grundlegend Linckelmann[34]), mit seinen Ausführungen Kohler bekehrend, der sich früher ablehnend verhalten hatte, allerdings mehr vom Standpunkt der Simulation als von dem der Gesetzesumgehung aus[35])[36]).

---

23) a. a. O. 8.
24) ZgesHandelsrecht, Band 69, 236.
25) a. a. O., BankA. 25. Jahrg., 270 ff., 428 ff.
26) a. a. O., 543 f.
27) a. a. O., 55 f.
28) a. a. O. 12.
29) Sicherungsübereignung, S. 69.
30) a. a. O. 1180.
31) a. a. O. 331.
32) a. a. O. 546 ff.

33) An Dissertationen zu vgl. noch: Sonnenschein, „Sicherungseigentum und Sicherungsnießbrauch im System des fiduziarischen Rechts", Greifswalder Diss. 1913, 89; Pelizaeus, „Enthält die Sicherungsübereignung ein Schein- oder Gesetzesumgehungsgeschäft?" Göttinger Diss. 1924, 61 ff.; Koch (Caspar), „Die fiduziarische Sicherungsübereignung von beweglichen Sachen", Rostocker Diss. 1916, 36.

34) a. a. O., 209 ff., 225. L's auf die frühere Particulargesetzgebung bzw. § 14 Einführungsgesetz K. O. gemünzten Ausführungen sind ohne weiteres auf § 1205 BGB. übertragbar.

35) Iherings J. 16, 144; bekehrt: Arch. Bürg. Recht 7, 234.

36) Die zum Teil mit aufgerollte Frage, ob durch die Sicherungsübereignung auch das Verbot der lex commissoria umgangen werde, bedarf für unsere Zwecke keiner Erörterung. Vgl. darüber Hellwig, Arch. Civ. Pr., a. a. O., S. 380; Staub, § 368, Anm. 98; Düringer-Hachenburg, Anm. 128 vor § 368, S. 710, insbesondere aber Raape, a. a. O., der die Pfandverwertungsvorschriften analog auf die Sicherungsübereignung überträgt (S. 50 ff.). Daß, wie Koch, Bank-Arch. 25. Jahrg., S. 429, S. 271 an sich zutreffend ausführt, bei der augenblicklichen Wirtschaftslage der pfandrechtliche Verkauf den Schuldner schlechter stelle als freihändige Verwertung, kann für die prinzipielle Erörterung der Frage wohl nichts hergeben.

2. Als simuliert.

Damit sind wir bei dem zweiten, zeitlich vor dem abgehandelten liegenden Argument, mit dem man der Sicherungsübereignung beizukommen suchte: Von einer wirklichen Eigentumsübertragung könne keine Rede sein, der ganze Vorgang sei simuliert und folglich nichtig; während das von den Parteien wirklich gewollte Pfandrecht mangels Uebergabe nicht zustandegekommen sei.

Auch dieser Angriff, der sich ursprünglich gegen alle fiduziarischen Rechtsgeschäfte richtete[37]), konnte nicht durchdringen. Zu unterscheiden ist zwischen Simulation des Kausalgeschäftes und der des Erfüllungsgeschäftes.

1. Wird als Kausalgeschäft, wie das früher die Regel war, ein Kauf[38]), abgeschlossen, so kommt es darauf an, wie er abgeschlossen wird. Es ist durchaus möglich, Sicherungszwecke durch einen Kauf zu erreichen, dem eine „Sicherungs"übereignung nicht folgt[39]). Dann nämlich, wenn die Befugnisse des Käufers zu breit und massiv für diese sind. Wer Sachen verkauft und sich lediglich das Recht vorbehält, sie binnen Jahresfrist zurückzukaufen, übereignet, auch wenn der Preis durch Verrechnung mit einer Darlehnsforderung beglichen wird, nicht in technischem Sinne „zur Sicherheit", sondern schlechthin. Derartige Fälle scheiden von vornherein aus[40]). Bei ihnen von simulierten Sicherungsübereignungen zu sprechen, hieße den Verkauf auf Wiederkauf (§ 497 BGB.) verleugnen.

Anders, wenn statt dieser losen obligatorischen Bindung eine unmittelbar dinglich wirkende Resolutivbedin-

---

37) Vgl. Kohler, Simulation 1878 und Arch. Bürg. Recht 18, S. 60 f.; gegen Simulation schon Regelsberger, Arch. Civ. Pr. 63, S. 173; Hellwig, Arch. Civ. Pr. 64, S. 375; Bähr, a. a. O., S. 60. Wilutzky, DJZ. 1901, S. 20 ff. versucht noch einen Anlauf, dringt aber nicht durch.

38) Näheres darüber besonders bei Luetgebrune, Diss. S. 36 ff. Ueber die Bedenken Düringer, Leipz. Z. 1908, S. 99 ff.; Hallbauer, Aphorismen, S. 462.

39) In gleichem Sinne Marck, Sicherungsübereignung, S. 24.

40) So auch Luetgebrune, a. a. O. 6, a. M. Crome, System II, § 227, 2.

gung dem Uebereignungsakt eingefügt wird. Hier kann ein wirklicher Kauf nicht gemeint sein, denn sein normaler wirtschaftlicher Zweck ist ausgeschlossen. Es fehlt dem Geschäft an seiner typischen begriffswesentlichen Tendenz, „die Kauffolgen sollen nicht eintreten“ [41]). Der Kauf ist simuliert und nichtig.

2. Dadurch wird indessen an sich noch nicht das Erfüllungsgeschäft, die Uebereignung, hinfällig. Sie wird auch nicht kondizierbar. Der Sicherungszweck als solcher trägt sie [42]). Deshalb vermeidet man heute im allgemeinen den Sicherungskauf und läßt es bei der ihm an Elastizität überlegenen sogenannten „reinen“ Sicherungsübereignung bewenden.

Ist diese reine Sicherungsübereignung simuliert? Die herrschende Meinung verneint die Frage und stützt sich dabei gerade auf den Sicherungszweck [43]). Die Unmöglichkeit, ein Pfandrecht ohne Hingabe zu begründen, die Absicht, die Sachen dem Zugriff der Gläubiger zu entziehen, spreche nicht für, sondern gegen Simulation.

Aber diese Begründung: es sei den Parteien „bitterer Ernst“ [44]), steht nicht auf festen Füßen [45]). Es ist ein von der Rechtsprechung erpreßter Ernst. Die Parteien fassen, wie im Lauf der Darstellung zu zeigen sein wird, die „Verschreibung“ im Grunde ganz anders auf. Daraus, daß sie das Pfandrecht des BGB. im Hinblick auf § 1205 nicht wollen, kann prima facie nur geschlossen werden, daß sie dann ein Recht wollen, das, ohne bürgerlich-rechtliches Faustpfand zu sein, ihren Interessen entspricht. Die Ernstlichkeit einer wirklichen Uebereignung ist damit noch nicht bewiesen.

---

41) Düringer-Hachenburg, Anm. 126, S. 709 vor § 368.

42) Jetzt h. M., vgl. Luetgebrune in Recht 1907, 958, „Sicherungsübereignung einst und jetzt“; grundsätzlich gegen Kauf: Koch, Bank-Arch. 17. Jahrg., 156.

43) Vgl. Ackermann, a. a. O. 9; Linckelmann, a. a. O. 229; Luetgebrune, a. a. O. 15; Bähr, a. a. O. 61; Hellwig, Arch. Civ. Pr. 64, 369; Boeck, Diss. 6 ff.; Gerbert, a. a. O. 31 ff.; Lilienthal, a. a. O. 544; Hoeniger, Warenlager 37 f.; Marck, Sicherungsübereignung, S. 65 ff.

44) Endemann, a. a. O., II, 1, § 136, 3b.

45) Darüber Walsmann, Verzicht 223.

§ 3.

II. Tatsächliche Anerkennung durch die Praxis.

Inzwischen hatte die Gerichtspraxis, namentlich die des Reichgerichtes, recht unbekümmert um den Streit der Theorien, der Sicherungsübereignung, wo sie vor ihr Forum kam, fast durchweg Anerkennung gewährt und sie damit vollends in den Sattel gehoben. Eine gute systematische Zusammenstellung über die ältere Judikatur gibt Schäfer[46]); über die neuere unterrichtet die Abhandlung von Schaarschmidt[47]). Aus beiden Arbeiten geht hervor, daß ein heute nahezu fünfzigjähriges Gerichtsgewohnheitsrecht die Sicherungsübereignung anerkennt. Wenn sie sich irgend halten lassen, werden die Sicherungsübereignungsverträge für wirksam erklärt[48]).

Ein paar kurze, auf das Typische abgestellte Beispiele mögen das erläutern. Im übrigen sei auf die genannten beiden Abhandlungen verwiesen, um die bekannten Wiederholungen der Sicherungsübereignungs-Literatur nicht abermals vorzutragen, sondern dem Thema zuzustreben.

1. Betreffs in fraudem legis agere.

Nachdem in RGZ. 57, 177 die Sicherungsübereignung als fiduziarisches Rechtsgeschäft bezeichnet und anerkannt wird, stellt RGZ. 59, 148 nochmals ausdrücklich fest: Daß aus § 1205 nicht geschlossen werden dürfe, die Sicherung einer Forderung durch bewegliche Sachen des Schuldners sei nur im Wege der Verpfändung gemäß § 1205 zulässig, und jede andere Form pfandrechtlicher Sicherung ausgeschlossen. Eine derartige Auslegung sei weder nach dem Wortlaut noch nach der Entstehungsgeschichte des Gesetzes geboten[49]).

2. Betreffs Simulation.

Schon im RGZ. 2, 170 wird ausgesprochen: Aus dem Sicherungszweck folge mitnichten die Simulation. Im Gegen-

---

46) Arch. Bürg. R. 38, 1 ff.

47) Sparkasse 1927, 77 ff., 105 ff.

48) Schäfer, a. a. O. 10.

49) Für mecklenburgisches Recht vor dem BGB. interessant, RGZ. 13, 200 ff.

teil: RGZ. 62, 130, und weitere [50]). Wo das Reichsgericht Simulation annimmt, da immer nur als Tatfrage; wobei RGZ. 62, 128 f. nicht einmal aus der Uebereignung unentbehrlicher Einrichtungsgegenstände, ja Nahrungs- und Genußmittel, das Fehlen eines ernsthaften Uebereignungswillens folgert [51]). Insofern einleuchtend, als gerade die Unentbehrlichkeit der Sachen zur Sicherungsübereignung drängt; entbehrliche könnten unter Hingabe verpfändet werden.

Verlangt wird aber:

1. Daß die dingliche Einigung ernstlich gemeint sei. Dabei liegt es im Zuge der eben erörterten Auffassung, daß nicht die Ernstlichkeit Tatbestandsvoraussetzung, sondern die Nichternstlichkeit Einwendungstatbestand ist, die Beweislast also denjenigen trifft, der sich auf Simulation beruft [52]).

2. Einwandfreie Feststellung der Identität der übereigneten Sachen, wenn auch unter einem Sammelnamen [53]). Einigung darüber, daß der Gläubiger gerade diese Maschine, dies Möbelstück, diese Kuh erwirbt [54]). Bei Warenlagern ist gesonderte Lagerung der übereigneten Teile vonnöten. Das nur zahlenmäßige Ausscheiden (500 Sack Roggen aus 1 000) genügt nicht [55]). Gerade dieser Punkt wird im täglichen Leben gern übersehen oder undurchführbar und damit die ganze Sicherungsübereignung als Uebereignung hinfällig.

3. Genügend konkretisiertes Besitzkonstitut, das aus dem Sicherungsübereignungsvertrag klar hervorgehen muß. Bloße Vereinbarung, daß der Schuldner (Veräußerer) die Sachen für den Gläubiger (Erwerber) besitzen solle, genügt nicht. Sondern — das ist die stereotype Formulierung —: es wird gefordert, daß die Parteien sich über ein konkret bestimmtes obligatorisches oder dingliches Rechtsverhältnis einigen, das ein Nutzungsrecht oder eine Verwaltungspflicht des Veräußerers begründet [56]).

---

50) Vgl. Schäfer, S. 11.

51) So auch Staub, § 368, Anm. 96, S. 681.

52) Siehe RG. in Recht, 1910, Nr. 1063.

53) RGZ. 52, 389 ff.; 53, 220; 113, 59 ff.; RG. in Bank-Arch. 25. Jahrg. 337, 26. Jahrg. 523, Leipz. Z. 1926, 485.

54) Schaarschmidt, a. a. O. 109.

55) RGZ. 103, 153; RG. Rechtsprechung 1926, Nr. 85 9. 3. 26.; Staub, § 368, Anm. 97.

56) RG., JW. 1927, 670, Nr. 14; RG. Bank-Arch. 25. Jahrg. 438, 4. 6. 26.

Gegen offenbare Mißbräuche („Knebelungsverträge") geht das Reichsgericht mit §§ 138, 826 BGB. vor, wo es mit der Anfechtbarkeit nach § 3 Anfechtungsgesetz, § 31 Ziffer 1 KO. nicht auskommt: Eine Sicherungsübereignung in einem Umfange, der die kreditnehmende Firma „aushöhle", sei sittenwidrig, bewußtes Geheimhalten dieses Zustandes verpflichte den Sicherungsnehmer anderen Kreditgebern gegenüber zum Schadensersatz nach § 826 [57]).

Zum Schluß noch drei Zitate aus der neuesten Judikatur, die erkennen lassen, wo der Haken bei der juristischen Konstruktion der Sicherungsübereignung sitzt, und damit zum nächsten Abschnitt überleiten:

„Die Sicherungsübereignung überträgt nach außen das volle Eigentums- und Verfügungsrecht, nur nach innen ist der Schuldner schuldrechtlich gebunden."

(RG. Gruch. 65, 606 Nr. 74.)

„Die Sicherungsabtretung ist eine Vollabtretung im Interesse des Zessionars."

(RGZ. 102, 386.)

„Das sicherheitshalber übertragene Eigentum ist das wirkliche Eigentum und ist durch Art. 153 Reichsverf. genau so geschützt wie jedes Privateigentum."

(KG. 8. 12. 27 in JW. 1928, 971.)

§ 4.

III. Konstruktionsversuche.

1. Als fiduziarische Eigentumsübertragung.

Angesichts dieser Rechtsprechung war die Frage der Gesetzesumgehung oder Simulation, um die sich alle älteren Abhandlungen drehen, gegenstandslos geworden. Aber wie sollte man die nicht länger abzuleugnenden Tatsachen rechtlich konstruieren?

---

57) So RG. Bank-Arch. 26. Jahrg. 465; ferner RG. Bank-Arch. 27. Jahrg. 121; RG. ZblfHandelsr. 1927, 379; RG. Sparkasse 1927, 248 f.; RGZ. 82, 313; 85, 344/45; weitere Judikatur bei Staudinger, § 929, Anm. VIII, 2e, S. 456; Staub, § 368, Anm. 96a; RG.-Räte, § 930, Anm. 6, S. 263; frühere Fälle bei Ackermann, S. 96 ff.; vgl. auch Fischer in Bank-Arch. 11. Jahrg., 103 ff.

Der Weg war vom Reichsgericht vorgezeichnet: Fiduziarische Eigentumsübertragung, verbunden entweder (a) mit der nur obligatorischen Verpflichtung auf Rückübereignung, also **unbedingt,** oder (b) durch pünktliche Zahlung der Zinsen und Amortisationsbeträge **auflösend bedingte** Eigentumsübertragung.

Auf diesen Standpunkt, unter Herausstellung der nur obligatorischen Nebenabrede als Regelfall, der auflösenden Bedingung als Ausnahme [58]), stellten sich die meisten Kommentare und Lehrbücher [59]), und zwar doch recht einmütig, wenn Hoeniger auch versucht, diese Auffassung zu widerlegen [60]). Zum Teil wird noch erwähnt, daß es sich im Grunde doch um eine Gesetzesumgehung handele [61]). Vielfach wird § 223 Abs. 2 BGB. als gesetzliche Grundlage zur Rechtfertigung der Sicherungsübereignung genannt [62]).

---

58) „Nicht ausgeschlossen": Staub, § 368, Anm. 95, S. 679; „selten": Wolff, Sachenrecht, § 163, Id; Cosack, Bürgerliches Recht, II, 1, § 40, I, 5b rät zur auflösenden Bedingung (a. a. O. 5c), gibt aber zu, daß bisher meist nur der obligatorische Anspruch gegeben wird.

59) Dernburg, a. a. O., § 172, III und Anm. 7 daselbst; Crome, System III, § 490, 2; siehe auch II, § 76; I, § 227, 2; Endemann, a. a. O., II, 1, § 136, 3a b; Cosack, a. a. O., § 40, I, 4a; Wolff, a. a. O., § 67, I pr., näher ausgeführt § 163, Id; derselbe in Ehrenbergs HB. IV, 2, § 3, I, 2b; Enneccerus, I, 1, § 139, II; Gierke, a. a. O., § 170, XV; Staub, § 368, Anm. 94, S. 678, Anm. 95, S. 679; Düringer-Hachenburg, Anm. 124 vor § 368, S. 708; Henle, Lehrbuch, § 21, III, 3, S. 153, 155; Jaeger, a. a. O., § 43, IV, Anm. 38 ff., S. 671 ff., § 48, Anm. 13, S. 740 f.; Biermann, Sachenrecht, § 1205, Anm. 3a b; Warneyer, Kommentar § 930 V; Planck, § 930, Anm. 5, S. 369; Staudinger, § 929, Anm. VIII: 2a, S. 451 ff., § 930, Anm. 3b, S. 462; RG.-Räte, § 930, Anm. 6, S. 260 f. Ueber fiduziarische Verhältnisse im allgemeinen, Kohler, Lehrbuch II, 1, § 4, V 3; Regelsberger, Arch. Civ. Pr. 63, 173; Schultze, Iherings J. 43, 1 ff.

60) JW. 1927, 717 Anm.

61) Wolff, Sachenrecht, § 163, I, 1d; „hart an der Grenze des Zulässigen": Henle, a. a. O., S. 153; ausdrücklich gegen Umgehung: Crome, System, III, § 490, 2; Endemann, II, 1, § 136, 3b; Cosack, a. a. O., § 40, I, 4a; Gierke, a. a. O. (vgl. Anm. 125 ebenda); Planck, a. a. O.; Staudinger, a. a. O., § 929, VIII, 2a.

62) So von Jaeger, Biermann, Staub, Dernburg, Cosack, Enneccerus, a. a. O. Die besitzlose

Abzulehnen ist die Auffassung Luetgebrunes, daß die Resolutivbedingung stillschweigend in der Eigentumsübertragung enthalten sei, daß „gewissermaßen eine Vermutung dafür" spreche [63]). Das geht aus Schultzes Ausführungen [64]), auf die Luetgebrune sich beruft, nicht zwingend hervor, da sie im Zusammenhang gelesen sein wollen und dann ergeben, daß Schultze gerade die Sicherungsübereignung als Fall seiner gemischten Treuhänderschaft grundsätzlich nicht in den Kreis seiner Betrachtungen zieht, sondern seine Schlüsse auf dem Wesen der reinen Treuhänderschaft aufbaut [65]). Ich habe mich mit Luetgebrunes Auffassung, der auch Marck und Boeck zuneigen, noch im dritten Teil auseinanderzusetzen, da sie mit dem Verzicht kollidiert, beschränke mich deshalb hier in der Uebersicht auf ihre Erwähnung.

Kaum vertreten findet sich die Auffassung der Sicherungsübereignung als (c) **aufschiebend bedingte** Veräußerung, d. h. als eine erst bei Verfall der Schuld wirksam werdende Eigentumsübertragung [66]). Praktische Konsequenzen hat dieser Konstruktionsversuch nicht gehabt.

2. Abweichende Konstruktionen.

a) Dispositionsnießbrauch.

Die Auffassung der Sicherungsübereignung als eines Dispositionsnießbrauches wird von Zeiler vertreten [67]). Der

---

Eigentumsübertragung folge aber noch nicht ohne weiteres aus § 223, meint Staub. — Ebensowenig aber das Gegenteil!

Wenn Hoeniger (Warenlager, S. 39 f.) sagt: unter Recht im Sinne § 223 sei Eigentum nicht inbegriffen, „eine gesetzliche Anerkennung der letzteren (der Sicherungsübereignung) gibt es also nicht" (a. a. O. 40), so scheint mir damit nicht viel gewonnen. Wie er selbst sagt (Vorwort a. a. O., S. VIII und wiederum Diskontierung 8) ist die Sicherungsübereignung das genaue Abbild der Sicherungszession, mithin läge ihre Anerkennung wohl schon in der Analogie. Denn die Sicherungszession ist durch 223 jedenfalls anerkannt.

63) Luetgebrune, Diss., S. 55.

64) Schultze, a. a. O., S. 103.

65) a. a. O., S. 2.

66) Erwähnt nur bei Biermann, Sachenrecht, § 1205, Anm. 3; Gierke, a. a. O., § 170, XV; Düring-Hachenburg, a. a. O., Anm. 125; Luetgebrune, Diss. 35 ff., der sie als facultas alternativa des Schuldners auffaßt. Dagegen Marck, Sicherungsübereignung 1917, S. 19.

67) DJZ. 1922, 558; vordem: „Der Verfügungsnießbrauch als

Schuldner behalte an den dem Gläubiger übereigneten Waren den Nießbrauch, mit dem Recht, über die Sachen durch Veräußerung zu verfügen.

Die Konstruktion ist also nur insofern eine neue, als das constitutum possessorium, das (bei Warenlagern) von jeher die größten Schwierigkeiten gemacht hat, hier eine besondere Ausprägung erhält. Die Eigentumsübertragung als solche ist geblieben, aber gerade darin liegt, wie im nächsten Abschnitt zu zeigen sein wird, die Hauptschwäche der vorgenannten und somit auch dieser Auffassung.

Aber auch der Verfügungsnießbrauch als solcher stößt auf Bedenken. Nießbrauch an verbrauchbaren Sachen, als die nach § 92 Abs. 2 BGB. Warenlager gelten, wird als Quasi-Nießbrauch gemäß § 1067 BGB. bestellt. Der Quasiusufructuar aber wird Eigentümer. Zeiler will deshalb durch Parteivereinbarung festsetzen: dieser Quasiusufructuar wird kein Eigentümer. Damit negiert Zeiler den Quasinießbrauch selbst, für den gerade das Eigentümerwerden das unterscheidende Merkmal vom wirklichen Nießbrauch bildet. Nimmt man aber, um dieser Schwierigkeit zu entgehen, einen gewöhnlichen Nießbrauch am Warenlager an [68]), dann fehlt wieder die Veräußerungsbefugnis: salva rerum substantia! [69])

Auch die Stützung des Dispositionsnießbrauches auf § 1048 BGB. [70]) ist vom Oberlandesgericht Rostock unter zutreffender Herausstellung der Ausnahmenatur dieses Paragraphen mit Recht beanstandet worden [71]). Nur im Interesse der Hauptsache (des Grundstückes) ist hier für die Nebensache (das Inventar) eine von den allgemeinen Grundsätzen abweichende Regelung getroffen. Die schematische

---

Grundlage der Sicherungsübereignung von Warenlagern" in ZDNotV., 12. Jahrg. 1913, Heft 3. Zeiler knüpft an Kohler, Iherings J. 24, 187 ff., 221 an.

68) Wie Hoeniger (Warenlager 62) das an sich zulassen will.

69) Im Ergebnis übereinstimmend Hoeniger, Warenlager, 60 f., ihm folgend Marck, a. a. O., S. 30; a. M. Bonnet 46; zweifelnd Ackermann 108.

70) Darüber Dobriner, a. a. O.

71) OLG. 18, 134. Gegen Dobriner auch Hoeniger, Warenlager, 63 ff.; Lamprecht, a. a. O., 91 ff., 93; Mansee, a. a. O. 25, den Unterschied zwischen Inventar und Warenlager betonend; a. M. Boeck, Diss. 52.

Uebertragung dessen auf die ganz andere Interessenlage bei der Sicherungsübereignung erscheint unzulässig.

b) Verfügungsermächtigung.

Grundsätzlich anders versucht Heymann den Knoten zu durchschlagen[72]), wenn er statt einer Sicherungsübereignung nur eine dem Gläubiger erteilte „unentziehbare Verfügungsbefugnis" gemäß § 185 BGB. annimmt, das heißt die Befugnis, über die im Besitz des Schuldners verbleibenden Sachen bei Fälligkeit seiner Forderung zu verfügen.

Im Grunde ist diese moderne „Legitimationstheorie" wohl nur eine Wiederbelebung gemeinrechtlicher Thesen, die das fiduziarische Rechtsgeschäft für eine bloße Ermächtigung und nicht für eine Rechtsübertragung erklärten[73]). Daß sie praktisch auf eine Mobiliarhypothek unter anderem Namen hinausläuft, wie Marck das nachzuweisen sucht[74]), dürfte nur cum grano salis zutreffen. Denn wenn er die Vereinbarung der Verfügungsbefugnis der Einigung des Pfandrechtes gleichstellt, so übersieht er meines Erachtens, daß der so geschaffenen „Mobiliarhypothek" Dritten gegenüber doch nur eine beschränkte Wirkung innewohnt. Nur zwischen Schuldner (Berechtigtem, Einwilligendem im Sinne § 185) und Gläubiger (Nichtberechtigtem, Einwilligungsempfänger) schafft § 185 Recht. Dritten gegenüber enthält das Gesetz zwar Schutzbestimmungen, verpflichtet sie aber nicht, die Anmaßung eigenen Rechtes durch den Einwilligungsempfänger gegen sich gelten zu lassen[75]). Mit anderen Worten: der Drittschuldner kann wohl mit befreiender Wirkung an den Nichtberechtigten zahlen, muß es aber nicht. Da die Sicherungsübereignung Dritten gegenüber aber auch aktiv wirken soll, scheint mir Heymanns Auffassung, gerade weil sie keine hypothekarische Kraft bewährt, nicht tauglich. Martin Wolffs zutreffende Bemerkung[76]), sie kranke daran, daß neben dem Ermächtigten auch der Ermächtigende Rechtsträger und verfügungsberechtigt bleibe, wird man deshalb noch dahin ergänzen dürfen, daß er mehr als der Ermächtigte zu sagen hat und schon deshalb diesem keine genügende Sicherheit bietet.

---

72) a. a. O.
73) Dernburg, Pandekten I, § 100, 3.
74) DJZ. 1913, 343; vgl. Sicherungsübereignung 1917, S. 12.
75) So Schoeninger, Arch. Civ. Pr. 96, 183.
76) Wolff, Sachenrecht, § 163, Anm. 14.

§ 5.

IV. Mängel der Eigentumskonstruktion.

Gegenüber den letztgenannten, noch schwächeren Konstruktionen hat sich denn auch die der wirklichen — unbedingten oder bedingten — Uebereignung als die allein herrschende erhalten. Ihre Schwächen sind im folgenden zu beleuchten.

1. Schwierigkeiten des constitutum possessorium.

Schon die Konstruktion eines passenden konkreten[77]) constitutum possessorium als Besitzmittlungsverhältnis zwischen Schuldner und Gläubiger stößt auf Schwierigkeiten und hat zu Meisterstücken der Kombinationskunst geführt, die dem Scharfsinn ihrer Erfinder alle Ehre machen, aber den Fehler haben, meist auf „stillschweigenden Vereinbarungen" zu beruhen, von denen die Parteien selbst keine Ahnung haben.

Solange es sich um Sachen handelt, die nach wie vor an Ort und Stelle verbleiben, geht es an. Nießbrauch, Leihe, Miete, Verwahrung müssen herhalten, wobei dann etwa die Befugnis des Gläubiger-Verwahrers, jederzeit Herausgabe der Sache verlangen zu können, abgedungen wird[78]).

Die Schwierigkeit liegt nun allerdings nicht, wie Eckhardt[79]) in seiner Polemik gegen Maurer[80]) meint, schon darin, daß solche obligatorischen Nebenabreden einem Dritten gegenüber, dem der Gläubiger durch Abtretung des Herausgabeanspruches das Sicherungsgut weiter übereigne, versagen. Davon kann nach § 986, Abs. 2 BGB. keine Rede sein.

Aber die Schwierigkeiten beginnen — und das ist eben der Hauptfall der Sicherungsübereignung —, wo es sich darum handelt, über die zu übereignenden Sachen vonseiten des Schuldners weiter verfügen zu können, also insbesondere

---

77) Hoeniger, DNotV. 1911, 201 f., Warenlager 94, nennt es „kausales", Luetgebrune, Diss. 11 „individualisiertes", Ackermann, a. a. O. 103 „individuelles" Besitzkonstitut. Was gemeint ist, bedarf keiner Erörterung.

78) Heckelmann, Leipz. Z. 1915, 1431 (mit weiterer Literatur) hält § 695 BGB. für jus cogens. So auch Ackermann, 103.

79) Zentralblatt für Handelsrecht 1926, 254.

80) Zeitschrift für des gesamte Handelsrecht, 89. Band, 163 ff.

bei Warenlagern. Wie sind juristisch die veräußerten Waren aus dem Sicherungseigentum zu entlassen? Wie die neu hereinkommenden zu erfassen? Welches Konstitut gestattet überhaupt einen solchen Wechsel?

Immer wieder — und immer wieder vergeblich — hat Hoeniger darauf hingewiesen [81]), daß an Warenlagern mit wechselnden Bestande ein Besitzkonstitut nicht denkbar, die Berechtigung zur freien Verfügung über die veräußerte Sache die direkte Negation des jedem Besitzkonstitut eigentümlichen Herausgabeanspruches auf die konkrete Sache sei. Denn einzeln, wenngleich unter einem Sammelnamen, muß ja übereignet werden, folglich sich auch das Konstitut auf jede einzelne Sache beziehen, und das ist unverträglich mit Veräußerungsbefugnis eben dieser Sache [82]).

Hoenigers Standpunkt [83]) ist nicht durchgedrungen. Zahlreich sind die Gegenvorschläge. Im Rahmen dieser Uebersicht kann nur das Typische aus ihnen herausgeschält werden. Um den Ueberblick zu erleichtern, unterscheide ich, ohne damit Anspruch auf Systematik erheben zu wollen, drei Haupttypen: A. Kombinationen, B. Kommissionsvertrag, C. Verwaltungsvertrag.

A. Kombinationen.

Melsbach [84]) will Verwahrung mit Veräußerungsbefugnis, Staudinger schlägt „Leihe mit Veräußerungsbefugnis als Innominatkontrakt" vor [85]). Meines Erachtens ein Widerspruch in sich, und vom Oberlandesgericht Rostock erneut ausdrücklich abgelehnt [86]). Das Oberlandesgericht folgt da-

---

81) So schon 1911 DNotV. S. 185 ff., 208; Warenlager 102 und wiederum Diskontierung, 14.

82) Warenlager, 58.

83) Derselben Ansicht Oertmann, DJZ. 1916, 1178; DJZ. 1911, 1181 f.; Biermann, Sachenrecht, § 1205, 3b. A. A. Staub, § 368, Anm. 97, S. 684; Warneyer, § 930, Anm. V; Cahn, ZblfHRecht 1926, 428; Ackermann, a. a. O. 125; Bonnet, a. a. O. 41.

84) JW. 1913, 406.

85) § 929, Anm. VIII, 2e, S. 456.

86) Urteil 29. 3. 26., Meckl. Zeitschrift 42, 439; a. M. Planck, § 598, Anm. 4.

mit seiner früheren Rechtsprechung[87]): ein Leihverhältnis liege dann nicht vor, wenn die Waren mit der Befugnis, sie zu veräußern, überlassen würden. Eine rechtsgeschäftliche Vereinbarung, der Uebereigner solle die Sache zur freien Verfügung behalten, könne niemals ein constitutum possessorium begründen. Ackermann will deshalb nur Veräußerung im regelmäßigen Geschäftsverkehr zulassen. Was über seine Grenzen hinausginge, sei Verfügung eines Nichtberechtigten, „daher als Kauf im Zweifel unwirksam, es liege evtl. Schenkung vor“[88]). Man übertrage die Ackermannsche Auffassung in das tägliche Leben!

B. Kommissionsvertrag.

Um an der Klippe der Veräußerung herumzukommen, hat man versucht, das constitutum possessorium als Kommissionsvertrag auszulegen. Ein Kommissionär für eigene Rechnung, in eigenem Interesse! Zudem wälzt der echte Kommissionär die Nachteile des Geschäftes ohne weiteres auf den Kommittenten ab, der allein das Risiko trägt, der Unternehmer ist. Dafür wird unser Gläubiger sich bedanken! Gerade das Gegenteil von alledem[89]) ist bei der Sicherungsübereignung der Fall, und deshalb kann auch nicht von einem kommissionsähnlichen Verhältnis die Rede sein, mit dem gern operiert oder, richtiger gesagt, Versteck gespielt wird[90]). Wo ist denn die Aehnlichkeit? Die suchen wir ja gerade vergeblich!

Düringers Polemik[91]) gegen Hoeniger[92]) beruht zum großen Teil auf einem Dissens über das Wort „Inter-

---

87) Urteil 6. 7. 10., Seuff. A. 66, 102 (anders freilich OLG. in Meckl. Zeitschrift 16, 5); zustimmend Biermann, Sachenrecht, § 930, Anm. 1d; Bonnet, a. a. O. 38, 41, Anm. 39; a. M. Dietz, Bad. Rechtsprechung 1911, 8 (zitiert nach Hoeniger, ZDNotV. 1911, 200).

88) Ackermann, a. a. O., S. 43, 125. Deutlichere Ausführungen darüber fehlen.

89) Hoeniger, ZDNotV. 1911, 198.

90) Vgl. Schäfer, a. a. O. 34 (d); Düringer, Leipz. Z. 1911, 417 ff.; RGZ. 118, 364 und Bank-Arch. 27. Jahrg. 121. Meckl. Z., Bd. 33, S. 175 (OLG. Rostock).

91) Düringer, Leipz. Z. 1911, 417 ff. Gegen Kommission auch Oertmann, DJZ. 1911, 1182; DJZ. 1916, 1178; Wolff, Ehrenbergs HB., § 3, I, 2b; Heckelmann, a. a. O., 1429 ff.; Melsbach, JW. 1913, 405; Schaarschmidt, a. a. O., 106; Planck, § 930, Anm. 5, S. 371;

esse". Gewiß hat, wie Düringer will, jeder Kommissionär insofern auch eigenes „Interesse" am Geschäft, als er schließlich wie jeder Kaufmann seinen eigenen Vorteil sucht. Der liegt aber in der Entlohnung, seiner Provision, die ihm eben für Wahrnehmung fremder Interessen gezahlt wird.

C. Verwaltungsvertrag.

Noch bedenklicher scheint mir der sogenannte Verwaltungsvertrag, der bei Licht besehen auf das fiduziarische Verhältnis als solches, das pactum fiduciae, hinausläuft, das kein Rechtsverhältnis der in § 868 BGB. genannten Art in sich schließt [93]). Die Verwaltungspflicht kann immer erst aus einem konkreten Rechtsverhältnis entspringen, und das fehlt uns.

Wenn Koch sich [94]) für seinen Verwaltungsvertrag auf frühere Reichsgerichtsurteile [95]) berufen zu können glaubt, so ist aus dem von ihm a. a. O. zitierten Urteil nicht eben viel für seine Ansicht zu entnehmen. Denn das Reichsgericht spricht darin nur aus, das constitutum possessorium beschränke sich nicht auf die in § 868 genannten Rechtsverhältnisse, was das Gesetz selbst schon feststellt. Daraus folgert Koch: Also ist auch der Sicherungs- bzw. Verwaltungsvertrag als genügendes Konstitut anzusehen, denn — er ist in § 868 nicht genannt. Aber auch die in § 868 nicht genannten

---

Biermann, Sachenrecht, § 1205, Anm. 3b; Salinger, a. a. O., 441; Janke, Sparkasse 1927, 171; Hallbauer, Bank-Arch. 10, 307 ff.; Lamprecht, a. a. O., 105; Marck, a. a. O., S. 29 f.; a. A. Koch, Bank-Arch. 18. Jahrg. 27; Düringer-Hachenburg, Anm. 126, S. 710 vor § 368.

92) Vgl. Hoeniger, Warenlager 74 ff., ferner 92 und ZDNotV. 1911, 187 ff., 198. Dawider Weißler, ZDNotV. 1911, 546 ff.

93) h. M. RG.-Räte, § 930, Anm. 6, S. 261; Staub, § 368, Anm. 97, S. 683 und das Reichsgericht selbst im Urteil vom 4. 6. 26. in Bank-Arch. 25. Jahrg. 438 (Leipz. Z. 1926, 1005), das Koch deswegen a. a. O. heftig angreift, darin aber von Kadelbach (ebenda 26. Jahrg., 93 f.) widerlegt wird. Koch hat die ganze Wirtschaft über dies Urteil vom 4. 6. 26. alarmiert, obgleich das RG. darin eigentlich weiter nichts tut, als seine seit Jahrzehnten beobachtete Praxis des konkreten Besitzkonstitutes erneut einzuschärfen. So auch Schaarschmidt a. a. O.

94) Bank-Arch. 25. Jahrg. 430.

95) JW. 1914, 375, Nr. 26.

Rechtsverhältnisse müssen „auf Zeit" abgestellt sein[96]), dem Eigentümer jedenfalls die Möglichkeit geben, aus eigener Initiative sein Eigentum an sich zu ziehen. Dieser Möglichkeit hat sich der Sicherungs„eigentümer" begeben: nur wenn der Schuldner nicht zahlt, kann er sein „Eigentum" geltend machen.

Ackermann[97]) läßt „ein" unbenanntes Rechtsverhältnis genügen. Das ist allerdings das Einfachste[98]).

Den bündigsten Beweis gegen jedes Konstitut liefert die Steuerveranlagung: Gemäß § 80 Abs. 1 Satz 1 RAO. veranlagt die Steuerbehörde den Schuldner[99]), sieht ihn also als Eigenbesitzer nach § 872 BGB. an. § 872 aber steht in begrifflichem Gegensatz zu § 868. Wer gemäß § 872 besitzt, ist kein detentor. Wer kein detentor ist, kann kein Besitzmittler sein[100]).

2. Im Konkurs.

Stößt die Eigentumsübertragung schon beim constitutum possessorium an allen Ecken und Kanten an, so führt die glücklich durchgeschmuggelte zu einem Zerrbild ihrer selbst im Konkurs.

a) Des Gläubigers.

Im Konkurs zunächst des Gläubigers (Sicherungsnehmers): Der Schuldner hat ein **Aus**sonderungsrecht! Das ist jahrzehntelange konstante Praxis aller Ge-

---

96) Darüber Heckelmann, Leipz. Z. 1915, 1430; Lamprecht, a. a. O. 96.

97) a. a. O. 125. Ebenso, aber mit guter Begründung, Marck, a. a. O., S. 32.

98) Gegen „Verwalter" und „Bevollmächtigten" auch Wolff in Ehrenbergs HB., a. a. O., § 3, I, 2b; Hoeniger, Warenlager 59; a. A. anscheinend Planck, § 930, Anm. 5, S. 370.

99) Hoeniger, JW. 1927, 718; über Vermögenssteuer vgl. Fuchs, ZHblHR. 1928, S. 19.

100) Auf die Spezialfrage der Uebernahme der Ersatzstücke kann im Rahmen der Aufgabe nicht eingegangen werden. Darüber Boeck Diss.; Marck, a. a. O., S. 36 ff. und mehr oder minder ausführlich, die übrigen Gesamtdarstellungen der Sicherungsübereignung.

richte[101]). Was nützt es, demgegenüber zur Rettung der Eigentumskonstruktion immer wieder ohnmächtig zu behaupten, der Gläubiger werde wirklicher Eigentümer „mit allen Konsequenzen"? Nein, eben nicht! Der Konkurs ist die Probe, daß er es nicht ist. Wenn das Eigentum gerade hier, wo es praktisch wird, versagt, dann ist es kein Eigentum. Denn eine Duplizität des Eigentums, ein „formelles-juristisches" und ein „materielles-wirtschaftliches", zu der sich das Reichsgericht zur Begründung seiner Aussonderungs-Rechtsprechung geflüchtet hat[102]), ist ein Unding.

Insofern hat von Tuhr vollkommen Recht, wenn er, ebenso wie er keinen Zwitter zwischen Abtretung und Vollmacht kennt, daran festhält, daß es nur ein Eigentum gibt, und die Auffassung des Reichsgerichts als Denaturierung der Rechtsbegriffe geißelt[103]). Nur daß er daraus folgert: also dürfe nicht ausgesondert werden; während ich umgekehrt in der ständigen Aussonderung, zusammen mit den anderen schon

---

101) Die zahllosen Belege dafür zusammenzustellen, dürfte bei dem notorischen Feststehen der Tatsache unnütze Zeit- und Raumverschwendung sein. Vgl. Jaeger, § 43, Anm. IV, 38 ff. S. 671 ff., insbesondere Anm. 40, S. 673; für Wertpapiere, Anm. 42, S. 674, Anm. 44, S. 675.

102) Grundlegend RGZ. 45, 80 ff., 85. Wiederum RGZ. 91, 14. — Jaeger (§ 43, Anm. 40, S. 672) hält diese Spaltung des Eigentumsbegriffes für begriffswidrig, will aber die Verkehrsauffassung zur Aussonderung genügen lassen. Das Aussonderungsrecht habe gewohnheitsrechtlich Anerkennung gefunden (S. 673). – Scharf gegen die reichsgerichtliche Eigentumsspaltung R.G.-Räte, § 930, Anm. 6, S. 261. Zeiler, a. a. O. hält das Eigentum des Gläubigers für „dünnwandig". Aber es gibt weder dick- noch dünnwandiges Eigentum, sondern nur Eigentum schlechthin.

103) von Tuhr, a. a. O., II, 1, § 77, IV, Abs. 5, S. 204; für Wertpapiere ebenda V, Abs. 1, S. 207. Gleicher Ansicht: Hellwig, Gläubigernot 148; Henle, § 21, III, 3, S. 154 f.; Walsmann, Verzicht, S. 76; Wienstein, Gruch. 46, 245 f.; Lang, Arch. Civ. Pr. 83, 336 ff.; Schöninger, Arch. Civ. Pr. 96, 179 f.; Lilienthal, DJZ. 02, 545; Goltz, Zeitschrift f. Handelsrecht 52, 353; Stintzing, a. a. O., S. 236, Anm. 366. Grundsätzlich gegen Aussonderung auch Schöny, a. a. O., 341; Marck, a. a. O., 1917, S. 11; der dann aber von seinem Standpunkt der auflösenden Bedingung doch zur Aussonderung kommt (S. 111). In der Rechtsprechung OLG. München, JW. 1928, 245 mit bemerkenswerter Schärfe.

genannten und noch zu nennenden Symptomen, die gewohnheitsrechtliche Bildung eines neuen Rechtsinstituts zu erkennen vermeine und aus der nicht abzuleugnenden Tatsache der Aussonderung schließe, daß es keine Uebereignung ist, was da vor sich geht.

Wenn das praktische Bedürfnis und die Interessenlage zur Aussonderung der „übereigneten" Sachen und „abgetretenen" Forderungen drängen, soll man folgerichtig zugeben, daß es sich nicht um wirkliches Eigentum handelt, sondern um Pfandeigentum, um ein spezifisches, gewohnheitsrechtlich außerhalb des numerus clausus der Sachenrechte entwickeltes Pfandrecht in Eigentumsform. Gibt man das zu, dann begegnet die Aussonderung keinen Schwierigkeiten mehr und bedarf nicht solcher an den Grundbegriffen des Privatrechtes nagenden Verlegenheitskonstruktionen wie der vom formell-juristischen und materiell-wirtschaftlichen Eigentum.

b) Des Schuldners.

Die Kehrseite der Medaille zeigt sich im Konkurs des Schuldners. Wäre der Gläubiger wirklicher Eigentümer, wie die herrschende Meinung behauptet, dann müßte er jetzt seinerseits ein Aussonderungsrecht haben[105]). Das Gegenteil ist der Fall: er ist nur absonderungsberechtigt[106]), — genau wie ein Pfandgläubiger! Wie zuvor die Tatsache, daß der angebliche Nichteigentümer wie ein Eigentümer aussondert, so hier das Bild, daß der angebliche Eigentümer keinerlei Aussonderungsrecht, sondern nur das typische Recht eines Pfandgläubigers auf vorzugsweise Befriedigung geltend machen kann.

Hier ist und bleibt der eine unheilbare Mangel der herrschenden Konstruktion: „Am deutlichsten tritt der Pfandrechtscharakter (der Sicherungsübereignung) im Konkurse des Sicherungsschuldners hervor, in welchem der Sicherungs-

---

105) So folgerichtig Lehmann, Gläubigerschutz, S. 63; Lilienthal, a. a. O., S. 545 und andere.

106) Jaeger, § 48, Anm. 13, S. 741; Staub, § 368, Anm. 111, S. 700; Düringer-Hachenburg, Anm. 130, S. 712 vor § 368; Koch, Bank-Arch. 18. Jahrg., S. 28. Aus der neuesten reichsgerichtlichen Rechtsprechung RGZ. 118, S. 209; RG. in JW. 1928, S. 63, Bank-Arch. 27. Jahrg., S. 406; RGZ. 91, S. 280; RG. in Sparkasse 1927, S. 249.

eigentumserwerber nicht aus- sondern nur absonderungsberechtigt ist.“ [107])

3. In der Zwangsvollstreckung.

Anders — vorläufig noch! — in der Zwangsvollstreckung. Nach bisheriger Rechtsprechung [108]) hat der Sicherungseigentümer (Gläubiger) ein die Veräußerung hinderndes Recht und damit die Widerspruchsklage (§ 771 ZPO.), während man nach der für den Konkurs festgestellten Praxis nur ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung (§ 805 ZPO.) erwarten sollte [109]).

Dieser Widerspruch ist eine der juristischen Logik spottende Erscheinung. Welchen triftigen Grund will man dafür beibringen, daß der Sicherungseigentümer in der Zwangsvollstreckung, der Singularexecution, grundsätzlich anders behandelt wird als im Konkurs, der Generalexecution? Gibt man dem Gläubiger, obwohl er angeblich Eigentümer ist, nur ein Absonderungsrecht, dann muß er sich auch die Beschränkung auf § 805 ZPO. gefallen lassen [110]). Die Dissonanz zeigt so recht, wie ratlos man der Sicherungsübereignung gegenüberstand. In einer Form der Vollstreckung konnte sich die entgegengesetzte Ansicht einnisten wie in der anderen. Hier sieht man wieder, wie das materielle Recht erst im Zusammenhang mit dem prozessualen betrachtet richtig auftaut, wie die einseitige Aufzäumung der Sicherungsübereignung vom materiell-rechtlichen Standpunkt aus in ihren prozessualen

---

107) OLG. Königsberg 4. 10. 27. in JW. 1928, S. 243.

108) Gaupp-Stein-Jonas, § 771, Anm. II, 1a, S. 582; Wolff in Ehrenbergs HB., a. a. O., § 3, I, 2b; Hallbauer, Sächs. Arch. 1907, S. 268.

109) So schon OLG. 4, S. 381: „Die Widerspruchsklage des § 771 ZPO. ist unter denselben Voraussetzungen begründet wie ein Aussonderungsanspruch im Sinne des § 43 KO.

110) Dafür kämpft besonders Hellwig, Gläubigernot, a. a. O., S. 32 (Sonderdruck 1912, S. 154); derselben Ansicht Hoeniger, Warenlager S. 37, JW. 1928, S. 2372; Schöninger, Arch. Civ. Pr. 96, 173; Levin, JW. 1912, S. 119; Möller, JW. 1912, 721; Boeck, Diss. S. 20; Schmitt, DJZ. 1912, S. 1045 f. („schreiende Ungerechtigkeit“); de lege ferenda auch Wolff, Sachenrecht, § 163, I, 1 dγ; a. M. Staub, § 368, Anm. 98, S. 685; Brons, JW. 1928, S. 1785; Weigert, JW. 1928, S. 63, Anm.; Koch, Bank-Arch. 18. Jahrg., S. 28; Marck, Sicherungsübereignung, S. 106 ff.

Konsequenzen unerträglich ward, und wie man deshalb zu inkonsequentem Flickwerk gezwungen wurde, um das gewünschte Ergebnis im Prozeß zu erreichen.

In neuerer Zeit mehren sich die Stimmen, die der bisherigen Unstimmigkeit innewerden und, den Pfandrechtscharakter der Sicherungsübereignung bekennend, auch in der Zwangsvollstreckung pfandrechtliche Grundsätze angewendet wissen wollen.

Als unerwarteter Bundesgenosse (wenn auch mit einem Januskopf) ist hier der Reichsfinanzhof zu nennen, der in seinem bekannten Gutachten vom 8. Juli 1926[111]) dem Sicherungseigentümer gegenüber dem vollstreckenden Steuerfiskus die Exekutionsintervention abspricht und ihn auf § 805 ZPO. verweist. „Dem Wesen der Sache nach sei die Sicherungsübereignung nur eine verschleierte Pfandbestellung und steuerrechtlich als solche zu behandeln[112]). Für rein bürgerrechtliche (sic) Streitigkeiten sei diese Auffassung allerdings durch § 1205 BGB. ausgeschlossen." — Mit anderen Worten: Quod licet Jovi, non licet bovi![113])

Hier trennen sich unsere Wege. Denn nicht aus steuerrechtlichen Gründen ist das Ergebnis des Reichsfinanzhofes zu fordern, sondern einfach weil es der wirklichen Rechtslage entspricht[114]). Steuerrechtliche Normen, insbesondere §§ 5, 80

---

111) Amtliche Sammlung, Band 19, S. 126 ff.; abgedruckt Reichssteuerblatt 1926, S. 217, Bank-Arch. 25. Jahrg., S. 411 ff.; Tenor, mit Anmerkung von Frieseke, auch in JW. 1926, S. 2129.

112) a. a. O., S. 132.

113) Das wird a. a. O., S. 131 ganz unverblümt ausgesprochen. Die Begründung läßt an Zynismus nichts zu wünschen übrig. Inwiefern dem Reich gegenüber „unleidlich" ist, was dem kleinen, mühselig um seine Existenz ringenden Krämer gegenüber höchstens „bedauerlich" sein soll, ist unerfindlich. — Noch unglaublicher Pendele und Wolfbauer, Oberregierungsräte beim LFA. München, die, ohne auch nur den Schein einer Begründung zu versuchen, dem Gutachten sardonisch hinzusetzen: Das gleiche gelte jedoch nicht etwa für Sicherungsübereignungen an das Reich! (JW. 1928, S. 949) — Deutsche Rechtsauffassung 1928! Siehe Isay, „Die Isolierung des deutschen Rechtsdenkens", Berlin 1924, S. 9 ff. über die formalistische deutsche Auffassung vom Rechtsstaat.

Scharf gegen das zweierlei Maß des Gutachtens auch Koch, Bank-Arch. 25. Jahrg., S. 414 ff.

114) So auch Liebisch, JW. 1928, S. 947.

Abs. 1 Satz 1 RAO., können nicht dazu führen, sich über die Rechte dritter, nicht im Steuernexus befindlicher Personen hinwegzusetzen. § 80 a. a. O. bezieht sich lediglich auf das Verhältnis zwischen Steuerfiskus und Steuerschuldner und mag hier seine wirtschaftliche Betrachtungsweise nach Belieben entfalten; die bürgerlich-rechtlich begründeten Rechte Dritter sind seinem Machtbereich entzogen.

Insofern ist deshalb mit Recht das Gutachten des Reichsfinanzhofes im Schrifttum und in der Rechtsprechung, soweit sie bereits dazu Stellung nehmen konnte, nahezu einmütig abgelehnt worden [115]). Aber mit Recht auch sagt Hoeniger dazu: Es ist nicht das fiskalische Interesse, das diese Ablehnung des Gutachtens bedauern läßt. Vielmehr hätte das Gutachten, wenn ihm in weitestgehendem Maße, das heißt auch im bürgerlichen Recht, gefolgt würde, dazu beitragen können, prinzipiell die Rechtsanschauung über die Sicherungsübereignung zu ändern und ihrem wahren Charakter näher zu bringen [116]).

Für unsere Zwecke wertvoller ist deshalb die neue österreichische bürgerlich-rechtliche Judikatur, die nach Wahle [117]) die Sicherungsübereignung nicht mehr als genügende Grundlage zur Erhebung eines Widerspruches (Exindierungsklage) ansieht, sondern den „Eigentümer" auf Geltendmachung seines Vorzugsrechtes „wie ein Pfandgläubiger" verweist [118]).

---

115) So von den Oberlandesgerichten Frankfurt a. M. 7. 4. 27., JW. 1927, S. 1766, Hamburg 29. 6. 27., JW. 1928, S. 972, Kammergericht 8. 12. 27., JW. 1928, S. 971 und (besonders ausführlich begründet) 7. 1. 28., JW. 1928, S. 2372 ff., vom Obergericht Danzig 27. 10. 27., JW. 1927, S. 717 f. und von einer Reihe von Landgerichten. Allein a. M. OLG. Königsberg 4. 10. 27., JW. 1928, S. 242. Aus dem Schrifttum gegen den RFH.: RG.-Räte, § 930, Anm. 6, S. 262; Koch, Bank-Arch. 25. Jahrg., S. 429; Liebisch, a. a. O. mit weiteren Nachweisen; Fuchs, ZentrblfHR. 1928, S. 18, siehe auch JW. 1928, S. 2372; a. M. Becker, in Steuer und Wirtschaft 1926, S. 1158.

116) JW. 1928, S. 244, Anm. 8.

117) Bei Schauer und Rost, a. a. O., S. 51, mit Plenarentscheidungen.

118) Nach Hoeniger, JW. 1927, S. 2410 wird die Sicherungsübereignung (mittels constitutum possessorium) in Oesterreich überhaupt nicht mehr anerkannt. So auch Wilmersdoerffer, Leipz. Z. 1926, S. 794.

Nach Wilmersdoerffer[119]) sieht auch der deutsche Reformentwurf für die Zivilprozeßordnung eine Einbeziehung der Sicherungsübereignung in den jetzigen § 805 vor. Damit wäre dann auch hier der Pfandrechtscharakter anerkannt[120]).

4. Rückübereignung?

Man sieht die Durchlöcherung der herrschenden Eigentumskonstruktion: Im constitutum possessorium lebensfremde Künsteleien, im Konkurs völliges Versagen, in der Zwangsvollstreckung, auf die man sich bislang noch berufen zu können glaubte, ein allmähliches Abbröckeln.

Und wie steht es nun mit der Rückübertragung des Eigentums im Falle der Zahlung der Schuld oder des anderweitigen Erlöschens der durch die Sicherungsübereignung gesicherten Forderung?

Soviel über die Sicherungsübereignung geschrieben ist, so viele Schwächen man schon in ihrer Konstruktion entdeckt hat, so wenig hat dieser, nächst dem Konkurs schwächste, von Walsmann[121]) zuerst erkannte Punkt dabei Berücksichtigung gefunden[122]). Denn wenn wirklich übereignet würde, wie die herrschende Meinung doch will, dann muß auch eine Rückübertragung des Eigentums stattfinden; auf andere Art und Weise kann das nur mit obligatorischer Klausel verbundene Sicherungseigentum nicht in die Hände des Schuldners zurückgelangen. Das Gleiche

---

119) Rezension von Weinberg, „Fragen des Gläubigerschutzes unter besonderer Berücksichtigung des Registerpfandes" im Zentralblatt für Handelsrecht 1926, S. 480.

120) Der Gegenfall: Pfändung der Sicherungsobjekte durch Gläubiger des Gläubigers (Sicherungsnehmers) wird — anders wie im Konkurs — in der Zwangsvollstreckung nicht praktisch, weil der Schuldner (Sicherungsgeber) auf Grund seines Gewahrsams widersprechen würde (§ 809 ZPO). Die Gläubiger werden deshalb nur den nach h. M. vorhandenen Herausgabeanspruch des Sicherungsnehmers pfänden können.

121) Walsmann, Verzicht, S. 223 f.

122) Soweit ich sehe, tun nur die Arbeiten von Marck, Sicherungsübereignung 1917, S. 18; Boeck, Diss., S. 12, dieser Kalamität Erwähnung und wollen mit einer fiktiven auflösenden Bedingung helfen. Darüber im dritten Teil.

gilt für Forderungen: Nur durch Rückabtretung der Forderung an den Schuldner kann dieser wieder zum Gläubiger derselben gemacht werden.

Findet diese Rückübertragung des Eigentums, diese Rückabtretung der Forderung im täglichen Leben statt? Oder nicht vielmehr ein viel simplerer Vorgang, ein bloßer einseitiger Verzicht des Gläubigers auf die ihm durch Sicherungsübereignung gewährte Sicherheit? Und was folgt daraus abermals für den wahren Charakter der Sicherungsübereignung?

II. TEIL:
DER VERZICHT.

§ 6.

Bevor die Tatbestände der Sicherungsübereignung im einzelnen auf Rückübereignung, Verzicht oder auflösende Bedingung hin untersucht werden, ist der Verzicht als solcher, sein Begriff, seine Durchführung, seine Wirkung auf die beiden Rechtsinstitute, um die der Streit geht: Eigentum und Pfandrecht, zu betrachten, der Unterschied zur Rückübereignung herauszustellen.

I. Im allgemeinen.

Wir finden den Verzicht im Gebiete des ganzen Rechtes verstreut, im öffentlichen wie im Privatrecht, aber nirgends eine Definition oder auch nur eine grundsätzliche Norm. Zudem ist der Sprachgebrauch unsicher; es gibt Verzichte, die keine sind, und wieder andere, echte, die unter falscher Flagge segeln. Wollen wir diesen Wirrwarr für unsere Zwecke gliedern, so werfen wir (I) zweckmäßigerweise drei Fragen auf, um die aus ihrer Beantwortung zu gewinnenden Begriffe (II) im Sachenrecht, insbesondere (1) am Eigentum, (2) am Pfandrecht zu erproben:

(1) W a s ist Verzicht?
— die Frage des Verzichts b e g r i f f e s,

(2) W o r a u f kann verzichtet werden?
— die Frage der Verzicht b a r k e i t,

(3) W i e wird verzichtet?
— die Frage der Verzichts a k t i o n.

1. Verzichtsbegriff.

Was ist Verzicht? Der ersten systematischen Darstellung der Verzichtslehre hat sich Walsmann unterzogen [123]) [124]). Mit Recht geht er ganz trocken vom Sprachgebrauch des täglichen Lebens aus, um dann zu schärferen, juristisch prägnanten Begriffen aufzusteigen. Dieser Sprachgebrauch des täglichen Lebens denkt beim „verzichten" an ein Aufgeben dessen, „was man hat oder haben kann", an ein Aufgeben dessen, worauf man an und für sich ein Recht hätte. Juristisch-technisch verstanden wird der Ausdruck Recht schon zu eng: auch auf zukünftige, bedingte Rechte, auch auf Anwartschaften kann verzichtet werden, nicht minder auf eine ganze Kette von Verfahrensvorschriften, die nicht alle unter den Begriff des subjektiven Rechtes fallen. Pflichten und Lasten scheiden als Gegenstand des Verzichtes aus [125]).

§§ 376 Ziffer 1, 517, 533, 544, 671 Absatz 3, 976 Absatz 1 BGB. — um nur einige der bekanntesten Vorschriften herauszugreifen —, überall wird in diesem Sinne auf einen rechtlichen Vorteil verzichtet. An anderen Stellen ist von einem Erlaß die Rede, von einem Aufgeben, Aufheben, Ausschlagen. Sind auch das Verzichte? Stellen wir zunächst fest, was juristisch der Verzicht da ist, wo er als solcher auftritt, um dann zu sehen, ob der gleiche Begriff in diesen anderen Tatbeständen incognito reist.

> Der Verzicht ist das auf dem Willen des Berechtigten beruhende Aufgeben von Vorteilen, die dem Berechtigten von der Rechtsordnung gewährleistet sind.

So die Definition bei Walsmann [126]), die den Verzicht auf Verfahrensvorschriften mit umspannt. Gewolltes

---

123) Walsmann, Der Verzicht. Allgemeine Grundlagen einer Verzichtslehre und Verzicht im Privatrecht. Leipzig 1912.

124) Wenn du Chesne, a. a. O., S. 318 meint, eine einheitliche Darstellung des Verzichtes sei überhaupt unmöglich (so auch Eccius, Gruch. 50, S. 2 f.), so hat Walsmann m. E. das Gegenteil bewiesen. du Chesne trägt künstlich Verschiedenheiten in den Verzicht hinein, wenn er einzelne, historisch zu erklärende Abweichungen (Erlaß) zu grundsätzlichen Unterschieden stempelt (a. a. O., S. 313).

125) Vgl. Regelsberger, Pandekten, § 123, IV, S. 451.

126) a. a. O., S. 42, vgl. S. 31; zustimmend Lehmann, ZZP. Bd. 44, S. 160, Jahrg. 1914; ähnlich Enneccerus, Lehrbuch, § 134, III.

Aufgeben, und als Wirkung unmittelbarer Verlust des Vorteils für den Verzichtenden. Daraus ergibt sich — soweit es sich um den Verzicht auf Rechte handelt — der Begriff des Verfügungsgeschäftes. Der Verzicht ist Veräußerung ohne Begründung eines fremden Rechtes [127]). Soweit es sich um Verfahrensvorschriften handelt, ist der Verzicht die Zustimmung zur Verfahrensveränderung, in der Regel Verfahrensvereinfachung [128]), sei es, daß Handlungen der Parteien selbst, sei es, daß solche des Staates (Beeidigung) fortfallen. Auch hier unmittelbare Ausschaltung der betreffenden Vorschriften.

Eine Verpflichtung, sein Recht, seinen Vorteil aufzugeben, ist so wenig ein Verzicht, wie die Verpflichtung, ein Recht nicht zu veräußern, unter den Begriff der Verfügung fällt, vielmehr vom Gesetz selbst ausdrücklich in Gegensatz dazu gestellt wird: § 137 Satz 2 BGB. Ein „obligatorischer Verzicht" ist ein Widerspruch in sich. Wer sich verpflichtet, sein Recht nicht auszuüben, kann es nach wie vor ausüben, er darf es nur nicht. Wer verzichtet, kann nicht mehr [129]).

Aber mehr als das. Auch der Eigentümer, der einem anderen einen Nießbrauch an der Sache bestellt, begibt sich dadurch unmittelbar der rechtlichen Möglichkeit, selbst die Sache zu gebrauchen. Gleichwohl ist das kein Verzicht auf das Eigentum. Bei Beendigung des Nießbrauches konsolidiert es sich von selbst zu seiner alten Höhe. Es war nur für eine Weile gehemmt, zugedeckt, nicht aufgehoben. Verzicht ist definitive Aufhebung, Austilgung des Rechts.

Das ist nicht die Meinung Sibers, der sich gelegentlich des Erlaßvertrages eingehender mit dem Verzicht beschäftigt [130]) und den Satz aufstellt: Mit dem Wesen des Verzichts auf ein Recht sei ebensowohl verträglich, daß dieses endgültig, wie daß es — vorbehaltlich der Identitätsfrage [131]) — mit der Möglichkeit des Wiederauflebens für einen anderen erlösche.

---

127) So Regelsberger, Pandekten, § 123, IV, S. 451. Der gemeinrechtliche, an die alienatio der Quellen anknüpfende Ausdruck Veräußerung geht weiter als das, was wir heute darunter verstehen; er entspricht unserer Verfügung.

128) Walsmann, S. 29, 31.

129) Vgl. S. 44 und Anmerkung 2 daselbst, a. a. O.

130) Siber, a. a. O., Bem. 1a zu § 397, S. 542 f.

131) Vgl. dazu Siber, a. a. O., Vorbem. I, 2cα, S. 8f.

Dem möchte ich entgegenhalten: Endgültig erlischt das Recht immer: nämlich für den Verzichtenden. Daß der Fiskus das derelinquierte Grundstück okkupieren kann — Siber bezieht sich gerade auf § 928 BGB. —, steht damit nicht in Widerspruch. Im Gegenteil! Gerade weil und nur weil das Eigentum für den Verzichtenden endgültig erloschen ist, konnte das Gesetz diese Regelung treffen. Unter einem Wiederaufleben verstehe ich etwas anderes. Den Fall etwa, daß der Obereigentümer durch Erlöschen des Nutzeigentums (Lehnsrecht, Erbpachtrecht) seine Rechtsstellung neu erstarken sieht. Für den Verzichtenden aber ist die Wirkung des Verzichts stets endgültige Vernichtung.

Und zwar — das ist das letzte Kriterium — ex nunc. Einen Verzicht mit rückwirkender Kraft gibt es nicht[132]). Deshalb ist die Ausschlagung der Erbschaft kein Verzicht. Denn abgesehen davon, daß hier in der Regel kein Plus sondern ein Minus ausgeschlagen wird, wirkt sie zurück auf den Zeitpunkt des Erbfalles: der Anfall der Erbschaft gilt als nicht erfolgt[133]).

So ergibt sich:

> Der Verzicht auf Rechte ist das gewollte, unmittelbar und definitiv wirkende Aufgeben dieser Rechte ex nunc.

Treffen diese Kriterien zu, dann wird uns der Umstand, daß statt des Wortes Verzicht ein anderes gebraucht wird, nicht irre machen. Das gilt in erster Linie von der „Aufhebung" eines Rechtes an einem Grundstück, von der „Dereliktion" beweglicher Sachen, von der „Aufhebung" eines Nießbrauches, eines Pfandrechtes. Auch im Erlaß einer Forderung ist ein Verzichtsfall zu erblicken[134]), mit — darüber weiter unten — eigenartiger Verzichtsaktion.

Kein Verzicht hingegen dort, wo das Aufgeben bloß die notwendige Folge eines bestimmten Tatbestandes ist. Wer sein Eigentum auf einen anderen überträgt, „verzichtet" damit

---

132) a. M. (für das öffentliche Recht) Kretschmann (Arch. Oeff. Recht, Band XLI, Heft 2, S. 143), den (Thron-) Verzicht als Oberbegriff gebrauchend, der 1) abdanken (ex nunc), 2) ausschlagen (ex tunc) umspannt (a. a. O., S. 145).

133) Walsmann, a. a. O., S. 103.

134) h. M. Walsmann, a. a. O., S. 178 f. und die Kommentare zu § 397 BGB.

auf die Befugnis, Eigentümer zu bleiben, aber er verzichtet nicht im Rechtssinne.

2. Verzichtbarkeit.

Worauf kann verzichtet werden? Zwei Hauptgruppen sind zu unterscheiden: (1) Verzicht auf Rechte, (2) Verzicht auf (die Beobachtung von) Verfahrensvorschriften[135]). Weder hier noch dort aber kann auf alles verzichtet werden. Wo das Gesetz die Verzichtbarkeit bzw. Unverzichtbarkeit nicht ausdrücklich feststellt, ist sie aus der Natur des preiszugebenden Rechtes oder Vorteils zu entnehmen[136]).

Wenn wir nach Anhaltspunkten für die Unverzichtbarkeit suchen, begegnet uns das Interesse Dritter oder das der Oeffentlichkeit, — zwei Gründe, die sich vereinen können. Beispiel: Gegen den Verzicht auf gewisse Elternrechte (das Recht der Sorge für die Person und für das Vermögen des Kindes) lassen sich beide Gründe anführen: das Interesse des Kindes selbst und das des Staates, der diesen Fragen nicht teilnahmslos gegenüberstehen kann. Ein ähnliches öffentliches Interesse steht bei Normen wie §§ 12, 544, 1614, 1714 Abs. 2 BGB. im Vordergrund.

Davon abgesehen treffen wir den Verzicht in den verschiedensten Sphären des materiellen Rechts, desgleichen bei einer Fülle von Verfahrensvorschriften, insbesondere der Prozeßordnung, von der Generalklausel des § 295 ZPO. über §§ 306, 391, 514, 521, 556, 566 ZPO. bis zur Zwangsvollstreckung hinauf. Grundsatz auch hier: Wo die betreffende Norm nur der Partei zuliebe besteht, ist sie verzichtbar; wo öffentliches Interesse obwaltet, unverzichtbar[137]).

---

135) a. a. O., S. 30, systematische Untersuchung, S. 146 ff.

136) Regelsberger, a. a. O., § 123, V, S. 452.

137) Eine interessante Streitfrage aus diesem Gebiet liefert die Auferlegung des richterlichen Eides, die bekanntlich durch bedingtes Endurteil erfolgt (§ 477, Abs. 3 ZPO.). Die h. M. nahm bisher an, daß ein Verzicht hierauf, m. a. W. Auferlegung des richterlichen Eides durch Beweisbeschluß, unzulässig sei. Demgegenüber macht neuestens Jonas (Gaupp-Stein-Jonas, a. a. O., Bem. III zu § 477, S. 1188; a. M. noch 12./13. Aufl. ebenda; vgl. auch RG. 12. 1. 03., JW. 03, S. 100, Nr. 13) darauf aufmerksam, daß nach dem Mieterschutzgesetz, § 13 [2], ein richterlicher Eid durch Beweisbeschluß auferlegt

Als weiteren, die Unverzichtbarkeit begründenden Anhaltspunkt führt Walsmann[138]) die von ihm so benannten Zustandsrechte ein. Darunter versteht er im Gegensatz zu den an besondere Entstehungsakte geknüpften Rechten solche, die unmittelbar aus einem rechtlich geregelten tatsächlichen oder rechtlichen Zustand erwachsen. Als typische Beispiele werden die bekannten Ausflußrechte des Eigentums genannt, wie wir sie in den §§ 907, 908, 909, 910, 912, 919, 922 BGB. geregelt finden. Oder die Normierung der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnisse im Rahmen der verschiedenen ehelichen Güterrechte, deren einzelne Bestimmungen als integrierende, begriffsbildende Bestandteile eben dieses Güterstandes anzusehen sind.

Auch bei anderen Zustandsrechten ist nach Walsmann der Zusammenhang mit dem Quellrecht (dem Recht, aus dem sie sich herleiten) ein so inniger, daß sie zu einer Einheit mit ihm verschmelzen, demgemäß für sich allein unverzichtbar sind. So würde etwa der Fortfall der oben genannten Immissionsansprüche dem Begriff des Eigentums als der rechtlichen Herrschaft über eine Sache in allen ihren Beziehungen widerstreiten. In anderen Fällen[139]) würde zumindest eine Lage geschaffen werden, die das Gesetz mißbilligt und gerade verhindern will.

Gegen diese Auffassung wendet sich Lehmann[140]). Er macht geltend: Der von Walsmann aufgestellte Begriff der Zustandsrechte sei ein rein konstruktioneller und ohne inneren sachlichen Gehalt. Denn: die Tatsache, daß eine Befugnis an einen Zustand geknüpft sei, beweise für sich allein niemals die Unverzichtbarkeit. Warum solle man ein Ausflußrecht nicht aufgeben können, soweit es für den Bestand seines Quellrechts unwesentlich sei?

Das Letztere ist im Prinzip zuzugeben, aber meines Erachtens keine Widerlegung Walsmanns. Zunächst erklärt

---

werden könne. Also sei das öffentliche Interesse an der Auferlegung durch Urteil überhaupt nicht so stark, daß es einen Verzicht verbiete."

138) Walsmann, a. a. O., S. 77 ff.

139) Zum Beispiel beim Verzicht auf die Ansprüche aus §§ 908, 909 BGB. Vgl. auch Walsmann, a. a. O. über das Grenzberichtigungsrecht.

140) Heinrich Lehmann in der Zeitschrift für Deutschen Zivilprozeß, Berlin, Jahrg. 1914, Band 44, S. 159 ff.

Walsmann[141]) die Zustandsrechte nur für grundsätzlich unverzichtbar. Das läßt an sich schon den von Lehmann — Beispiele gibt er nicht — in Erwägung gezogenen Verzicht für den Einzelfall zu. Inwiefern aber deshalb der Begriff der Zustandsrechte sich als rein konstruktioneller und sachlich inhaltloser erweisen soll, ist nicht klar. Als Walsmann seine Verzichtslehre schrieb, fand er ein unbeackertes Feld vor. Es galt, erste Orientierungspunkte zu finden. Und da leistet meines Erachtens der anschauliche, leicht zu handhabende Begriff der Zustandsrechte praktisch mehr als der von Lehmann vorgeschlagene[142]) abstrakte Pflicht- oder Fürsorge-Gedanke (den Walsmann zur Ergänzung übrigens durchaus mit heranzieht[143]), der, so sehr eine philosophisch betonte Jurisprudenz ihm zufallen mag, doch allzu dehnbar und weltanschaulich umstritten ist, als daß er einen brauchbaren Prüfstein im Hasten des täglichen Rechtslebens herzugeben vermöchte.

Daß demgegenüber auch der Begriff der Zustandsrechte kein unfehlbarer ist, bleibt bestehen. Aber in welchem Rechtsbegriff ließen sich nicht Mängel nachweisen? Ist doch selbst ein so festes Schema wie das der Conditio-sine-qua-non-Theorie in der Bedingungslehre schließlich auch nicht mehr als ein heuristisches Prinzip, dessen Tauglichkeit nicht darunter leidet, daß sich Fälle nachweisen lassen, in denen ein Umstand bestimmt kausal ist, ohne conditio sine qua non des Erfolges zu sein; dann nämlich, wenn zweimal die gleiche, schon einmal ausreichende Bedingung zum Erfolg gesetzt wird: zwei tötliche Schüsse, jeder kausal, keiner für sich conditio sine qua non.

Wenn Lehmann weiter ausführt[144]): das Recht des Ehegatten auf Herstellung der ehelichen Gemeinschaft sei unverzichtbar, weil das Gesetz im öffentlichen Interesse die Aufrechterhaltung geordneter ehelicher Verhältnisse sicherstellen wolle, nicht aber, weil dies Recht aus dem Zustand der Ehe erwachse, so trifft das nicht den Kern der Walsmannschen Gedankengänge. Nicht rein formell, „weil es ein Zustandsrecht ist", ist dies Recht unverzichtbar, sondern Zustandsrechte als solche sind grundsätzlich unverzichtbar, weil sie eben mit zum Begriff des Rechtsverhältnisses gehören, dem sie

---

141) Walsmann, a. a. O., S. 80.
142) Lehmann, a. a. O., S. 161.
143) Walsmann, a. a. O.
144) Lehmann, a. a. O., S. 161.

entspringen. So gerade dies von Lehmann gebrachte Recht des Ehegatten.

Daß daneben auch noch das öffentliche Interesse mitsprechen kann, schließt die Tauglichkeit der Zustandsrechte als einer schon in sich tragfähigen Gruppe der Unverzichtbarkeit nicht aus. Wenn Walsmann öffentliches Interesse und Zustandsrechte unterscheidet, so will er damit, wie ich ihn verstehe, nur sagen, daß ein Recht, sowohl wenn es der einen, wie wenn es der anderen Gruppe angehört, umsomehr aber natürlich, wenn es beiden Gruppen unterfällt, seine Unverzichtbarkeit indiziert.

Alle wichtigeren Zustandsrechte jedenfalls — das ergibt die von Walsmann a. a. O. geführte; von Lehmann nicht widerlegte Einzeluntersuchung — sind schon als solche unverzichtbar. Das rechtfertigt ihre Einführung in die Verzichtslehre [145]).

3. Verzichtsaktion.

Wie wird verzichtet? So einheitlich (trotz Enneccerus[146]) der Verzichtsbegriff, so verschieden scheinbar seine Durchsetzung, die Verzichtsaktion. Aber auch in ihr findet sich ein gemeinsamer Kern. Der Verzicht ist gewolltes Aufgeben eines rechtlichen Vorteils. Wollen wird durch Willenserklärung ausgedrückt. Zumindest diese Willenserklärung muß demnach der gemeinsame Kern sein, der in allen Verzichtsaktionen steckt. Unrichtig wäre es, schon aus gleichen Wirkungen auf gleiche Ursachen zu schließen, auch überall da, wo ohne darauf gerichtete Willenserklärung ein Recht fortfällt, gleich einen Verzicht zu wittern. Kein Verzicht ohne Willenserklärung [147]).

Genügt die Willenserklärung des Verzichtenden allein? Nicht immer. Zuweilen wird Mitwirkung eines anderen gefordert, zuweilen die der Behörde, wie im Liegenschaftsrecht. Immer aber liegt in der Willenserklärung des Verzichtenden das Schwergewicht, sie ist, wie Walsmann sagt, die eigent-

---

145) Uebrigens geht Lehmann nicht darauf ein, daß Walsmann, a. a. O., S. 79 noch einen zweiten Grund für die Unverzichtbarkeit der Zustandsrechte anführt.

146) Enneccerus, a. a. O., § 134, III.

147) Vgl. Siber, a. a. O., § 397, Anm. 3, S. 544, und S. 58 dieser Arbeit.

liche schöpferische Erklärung, die causa efficiens[148]). Was gelegentlich hinzukommt, ist nur conditio sine qua non[149]). Das folgt aus dem gewonnenen Begriff des Verzichtes als eines einseitigen, gewollten Aufgebens von Vorteilen, womit sich eine zweite gleichwertige Willenserklärung nicht verträgt, eine Ueberlegung, die das Gesetz in § 514 ZPO. ausdrücklich bestätigt. Die Mitwirkung anderer wird nur da gefordert, wo deren Interessen mit im Spiel sind §§ 876, 1491, 1517 BGB. u. a.); und immer handelt es sich dann nur um eine Zustimmungserklärung, ein Nichtneinsagen[150]), mag das teilweise formell auch bis zum Vertrag ausgebaut sein (Erbverzicht).

Das gilt insbesondere vom **Erlaß**, auf den ich näher eingehe, weil er, beim Verzicht des mittelbaren Besitzers auf das Eigentum und also auch bei der Sicherungsübereignung eine Rolle spielt.

Nur ganz formalistisch gesehen ist der Erlaß ein ausbalanzierter Vertrag. Der Tatbestand des Lebens kommt, wie Walsmann überzeugend nachweist[151]), durchaus auf einen Verzicht hinaus. Die Zustimmung des Schuldners ist in der Regel selbstverständlich und wird als Willenserklärung fingiert[152]).

Zu diesem Ergebnis der rein theoretischen Bedeutung der schuldnerischen Willenserklärung führt auch eine andere Ueberlegung: Will der Gläubiger der Mitwirkung des Schuldners entraten, so braucht er nur mit einem Dritten einen Schuldübernahmevertrag (§ 414 BGB.) zu schließen und diesem dann die Schuld zu erlassen. Der Erlaß ist also praktisch auch hier in seine Hand gelegt. Auch durch Zession könnte er seine Beziehung zum Schuldner einseitig (diesem gegenüber) lösen.

Daß das Gesetz für den Verzicht auf eine Forderung gleichwohl an der Vertragsform festgehalten hat, dürfte einmal historisch zu erklären sein, zum anderen seinen Grund darin haben, daß es Forderungsrechte gibt, die nicht bloße

---

148) Walsmann, a. a. O., S. 172, vgl. 175, 253.
149) a. a. O., S. 176.
150) a. a. O., S. 177.
151) a. a. O., S. 178 f., vgl. Siber, a. a. O., § 397, Anm. 1 a, S. 542.
152) H. M. vgl. Enneccerus, a. a. O., § 297, Anm. 8; Hallbauer, Hypothekenrecht 1901 (Leipzig), S. 91, 111.

Wertobjekte sind, sondern bei denen ein Interesse des Schuldners an der Erbringung der Leistung obwaltet. Hier, wo auch Abtretung ausgeschlossen ist, ist die Vertragsform vielleicht noch am Platze.

Ganz anders sind die Gründe für eine Mitwirkung der Behörde im Liegenschaftsrecht (§ 875, 928 BGB.) und, dem entsprechend, für die Besitzaufgabe beim Verzicht auf das Eigentum an Mobilien (§ 959 BGB.). Das Sachenrecht ist absolut, wirkt gegen jedermann. Deshalb soll grundsätzlich jedermann auch die Möglichkeit haben, sich über das Bestehen oder Nichtbestehen der ihn unmittelbar angehenden Sachenrechte zu vergewissern. Deshalb die Verlautbarungsforderung: Ohne Eintragung, ohne Besitzaufgabe tritt der gewollte Erfolg nicht ein. Ohne — tritt er nicht ein: auch hier ist die Willenserklärung das eigentlich Gestaltende.

Ergebnis:

Den Kern jeder Verzichtsaktion bildet die einseitige, in der Regel empfangsbedürftige Willenserklärung des Verzichtenden [153]), sie ist causa efficiens. Als conditio sine qua non tritt im Sachenrecht Verlautbarung durch Besitzaufgabe oder Bucheintrag, in anderen Fällen die Zustimmungserklärung der Interessenten hinzu. Zwei rechtlich gleichgelagerte Willenserklärungen, wie wir sie für den echten Vertrag fordern, sind unvereinbar mit dem Verzichtsbegriff. Gerade das wird für die Rückübertragung des Sicherungseigentums bedeutsam.

§ 7.

II. Im Sachenrecht.

„Alle Sachenrechte sind verzichtbar." [154]) Das ergibt sich aus ihrer räumlichen Beziehung, die zur Verzichtbarkeit drängt. Ein Recht, das als Herrschaftsrecht in unmittelbare

---

153) Vgl. Enneccerus, a. a. O., § 134, III. Auch Cohn, Gruchot 47, S. 287 kommt zu dem Ergebnis, daß der Verzicht regelmäßig nicht der Annahme bedarf. Da wo das Gesetz den Vertrag zur Gültigkeit des Verzichts beansprucht, im Erbrecht, im Recht der Schuldverhältnisse, sei das ausdrücklich gesagt. Wo das Gesetz schweige, habe es den Vertrag nicht gefordert.

154) Walsmann, a. a. O., S. 72.

Beziehung zu körperlichen Gegenständen tritt, dadurch unter Umständen Lasten mit sich bringt, muß die Möglichkeit gewähren, sich seiner zu entledigen. Wo sich keine spezielle Norm findet, sind, im Liegenschaftsrecht, der Generalklausel des § 875 BGB. Verzichtbarkeit und Verzichtsaktion zu entnehmen.

Eine Uebersicht über das ganze Sachenrecht zu geben, geht über den Rahmen der Aufgabe hinaus, sie findet sich bei Walsmann S. 251 bis 279, auf dessen lückenlose Darstellung hier verwiesen sei. Ich beschränke mich, als für die Sicherungsübereignung praktisch, auf den Verzicht auf Eigentum und Pfandrecht an beweglichen Sachen.

1. Verzicht auf das Eigentum.

§ 959 BGB. bestimmt:

> Eine bewegliche Sache wird herrenlos, wenn der Eigentümer in der Absicht, auf das Eigentum zu verzichten, den Besitz der Sache aufgibt.

Das entspricht der Auffassung des Gesetzes, das an den Besitz die Eigentumsvermutung knüpft. Also (1) Besitzaufgabe, (2) Verzichtserklärung.

Wenn Brodmann[155]) herausstellt, daß eine Verzichtserklärung nicht einmal verlangt werde, weil der Gesetzestext das nicht vorschreibe, so trifft das insofern zu, als wörtliche Erklärung nicht vorgeschrieben wird. Aber das ist auch sonst in der Regel nicht der Fall. Konkludentes Handeln genügt — und ist erforderlich: eine bloße innere, nach außen nicht objektivierte Absicht bleibt wie immer unbeachtlich. Deshalb läuft Willenserklärung und Brodmanns „Betätigen des Willens" schließlich doch auf dasselbe hinaus.

Wie nun — der Fall der Sicherungsübereignung —, wenn der Eigentümer nur mittelbaren Besitz hat? Dabei ergibt sich eine Kontroverse. Genügt dann, da ein tatsächliches Aufgeben des Besitzes hier nicht möglich ist, einfache Verzichtserklärung? Oder muß die Aufgabe des mittelbaren Besitzes durch Beseitigung des ihn begründenden Rechtsverhältnisses, also durch Erlaß des Herausgabeanspruches, in aller Form hinzukommen?

---

155) Planck-Brodmann, § 959, Anm. 2, S. 438.

Die Ansichten darüber sind geteilt. Martin Wolff[156]) verlangt Abschluß eines Erlaßvertrages über den Herausgabeanspruch — und hat damit formell recht. Walsmann[157]) läßt einfachen Verzicht genügen — und hat den Tatbestand des Lebens auf seiner Seite. Im Grunde genommen dürfte seine Auffassung aber auch konstruktionell durch die Wolffs kaum angefochten werden. Erinnern wir uns: der sogenannte Erlaßvertrag wird in der Praxis zum einseitigen Verzicht mit Nichtneinsagen des anderen Teils. Daraus läßt sich die Brücke von Wolff zu Walsmann schlagen. Denn Walsmann, der in der Verzichtserklärung zugleich die Offerte zur Aufhebung des obligatorischen Besitzmittlerverhältnisses enthalten sein läßt[158]), leistet damit praktisch auch dem Wolffschen Erfordernis des Erlaßvertrages Genüge, weil es für Wolff jetzt nur noch an der Annahme dieser Offerte fehlt, um den Erlaßvertrag zustandezubringen. Diese Annahme aber wird im täglichen Leben ohnehin fingiert und ist bei Licht besehen nichts weiter als Walsmanns Unterlassen des Widerspruches vonseiten des unmittelbaren Besitzers[159]).

Also theoretisch (Wolff) wohl Erlaßvertrag, praktisch (Walsmann) einfache Verzichtserklärung, die den Verzicht auf das Eigentum enthält, indem sie (in Form der Erlaßvertragsofferte, deren Annahme fingiert wird!) auf den Herausgabeanspruch verzichtet und damit durchaus der Vorschrift des § 959 BGB. Genüge leistet.

Praktisch kommt also die Wolffsche theoretisch gewiß zutreffende Auffassung doch auf einen Leerlauf hinaus; praktisch kann auch der mittelbare Besitzer, wie Walsmann will, durch einfache einseitige Verzichtserklärung das Eigentum aufgeben. Das ist für die Sicherungsübereignung festzuhalten.

Die Wirkung des Verzichtes auf das Allein-Eigentum ist Herrenlosigkeit der Sache. Auch das ist festzuhalten, um nicht bei der Entdeckung, daß eine Rückübertragung des Eigentums bei der Sicherungsübereignung nicht stattfindet, sondern nur ein Verzicht, darüber hinwegzugleiten, daß bei der herrschenden Konstruktion des Sicherungseigen-

---

156) Wolff, a. a. O., § 78, II, 1 a.
157) Walsmann, a. a. O., S. 185, 277 ff.
158) a. a. O., S. 278 f.
159) a. a. O., S. 279.

tums als „wirklichen“ Eigentums ein Verzicht nicht dazu führen kann, daß die sicherungsübereigneten Gegenstände plötzlich wieder im Eigentum des Schuldners (Sicherungsgebers) stehen. Denn eine mit dem Verzicht etwa korrespondierende Okkupation wird sich im Ernst nicht behaupten lassen. Mit sogenannten stillschweigenden, das heißt fiktiven Erklärungen freilich ist auch hier kein Ding unmöglich.

2. Verzicht auf das Pfandrecht.

Nun zum Pfandrecht. Die Verzichtsnorm ist hier noch einfacher. Jede Kundgebung an die Allgemeinheit entfällt: § 1255 Abs. 1 BGB.:

> Zur Aufhebung des Pfandrechtes durch Rechtsgeschäft genügt die Erklärung des Pfandgläubigers, gegenüber dem Verpfänder oder dem Eigentümer, daß er das Pfandrecht aufgebe.

Von einem Vertrag oder auch nur einer Zustimmungserklärung des anderen Teils ist hier keine Rede: einseitige, formlose Willenserklärung genügt[160]).

Und hier ist die Wirkung die, die wir brauchen, die uns bei Beendigung der Sicherungsübereignung entgegentritt: Die Sachen stehen fortab wieder im unbelasteten Eigentum des Sicherungsgebers, nicht durch Uebertragungsakt, sondern einfach ipso jure durch Fortfall des das Eigentum vorher beschränkenden Pfandrechtes. Keinerlei Willensakt des Schuldner-Eigentümers selbst ist erforderlich, einseitiger Verzicht des Gläubigers genügt, damit sich das Eigentum des Schuldners wieder zu seiner vollen Höhe konsolidiert.

Damit haben wir den Schlüssel zur rechtlichen Beurteilung der Vorgänge bei Beendigung der Sicherungsübereignung und können nun geradeswegs an die einzelnen Tatbestände herangehen.

---

160) Anders beim Pfändungspfandrecht, § 843 ZPO.

III. TEIL:
DER VERZICHT AUF DIE SICHERHEIT.

§ 8.

I. Bewegliche Sachen.

Vorausgeschickt sei, daß der Sicherungsübereignung auch unbeweglicher Sachen begrifflich nichts im Wege steht[161]). Die dinglich wirkende auflösende oder aufschiebende Bedingung ist dann durch § 925 Abs. 2 BGB. allerdings ausgeschlossen, wofür die Praxis bekanntlich im Institut der Vormerkung einen Ersatz gefunden hat. Cosack[162]) erwähnt solche Sicherungsübereignungen an neutrale Ausländer, um das Grundstück vor feindlicher Beschlagnahme zu schützen. Praktische Bedeutung hat der Fall sonst nicht. Die Feinheit des Hypothekenrechtes läßt ihn entbehrlich, die hohe Steuer bei der Veräußerung ihn unerwünscht erscheinen. — Auch der Sicherungsübertragung des Urheberrechtes stände begrifflich nichts entgegen, da es nicht nur seiner Ausübung, sondern auch seiner Substanz nach übertragbar ist[163]).

Für bewegliche Sachen nehmen wir einen Fall, wie er sich alle Tage ereignet. Ein Kaufmann braucht Geld. Personalkredit genießt er nicht oder hat ihn schon angespannt. Liegenschaften besitzt er nicht, ebensowenig Wertpapiere, die er lombardieren könnte. Als einzige Kreditunterlage bleiben ihm seine Waren. Sie, vielleicht das ganze Warenlager, übereignet er deshalb dem Geldgeber. Der unmittelbare Besitz wird ihm gelassen, Weiterveräußerung im Rahmen des üblichen Geschäftsverkehrs gestattet, und damit

---

161) Vgl. Crome, System III: 490, Anm. 13, S. 815; Marck, Sicherungsübereignung, S. 42.

162) Bürgerliches Recht II, 1, § 40, I, 1.

163) Wenn man nicht Kohlers Standpunkt des Persönlichkeitsrechtes beipflichten will.

das constitutum possessorium unter den oben erörterten Schwierigkeiten zustandegebracht. Nach einiger Zeit ist er in der Lage, den Kredit abzudecken. Er tut es. Die durch die Sicherungsübereignung gedeckte Forderung des Geldgebers an ihn erlischt.

Was nun? „Rückübertragung des Eigentums an den Kaufmann" sagen die Vertreter der herrschenden Meinung. In Wirklichkeit sieht die Sache anders aus:

Schon die Verpflichtung zur Rückübertragung des Eigentums ist oft nicht vereinbart, sondern wird lediglich aus dem Zweck der Sicherungsübereignung heraus stillschweigend konstruiert [164]). Schon hier beginnt das Reich der Fiktionen.

Die Rückübertragung selbst darf sich, um die gesetzlichen Voraussetzungen zu erfüllen, in nichts von jeder anderen Eigentumsübertragung unterscheiden, muß also grundsätzlich aus Einigung und Uebergabe bestehen. Der Erwerber befindet sich bereits im Besitz der Sachen, also § 929 Satz 2 BGB: Einigung genügt.

Aber diese Einigung, deren beide Willenserklärungen sich wie Antrag und Annahme zueinander verhalten, findet in der Regel nicht satt. Ja, sagt man wohl, zwar nicht ausdrücklich, aber stillschweigend. Auch das nicht! Allerdings wird Ausdrücklichkeit des Vorganges nicht verlangt, vom Geben und Nehmen des Eigentums braucht nicht die Rede zu sein, ist im Normalfall bei keiner Uebereignung die Rede. Wohl aber muß die Einigung sich zumindest in Handlungen der Parteien betätigen [165]). Auch die stillschweigende Annahme der Einigungsofferte setzt voraus, daß anstatt der ausdrücklichen Erklärung durch Handlungen der Wille betätigt wird. Die Willenserklärung ist stillschweigend nur dem Vertragsgegner gegenüber, nicht stillschweigend schlechthin. Ein in der Außenwelt nicht hervortretender Einigungswille ist wie jeder interne Wille rechtlich unbeachtlich.

Und hier ist zu fragen: Welche Handlungen kann dieser Erwerber, der stillschweigend in die Rückübertragung des Eigentums an ihn einwilligt, überhaupt vornehmen? Praktisch

---

164) Boeck, Leipz. Z. 1922, S. 241; vgl. RG.-Räte, § 104, Anm. 6.

165) Stinzting, a. a. O., S. 8. Bruck, a. a. O., S. 35, 70.

gar keine! Theoretisch könnte man sagen: Er wird die Buchungsvermerke löschen, durch die er vordem seine Waren als sicherungsübereignet kennzeichnete[166]), er wird die gesonderte Lagerung der Warenbestände aufgeben, er wird sie wieder als seine eigenen behandeln. Aber das tat er ja schon vorher! Die Pointe der Sicherungsübereignung ist doch gerade, daß der Schuldner nach außen hin nach wie vor in jeder Beziehung als Eigentümer auftritt; wie soll er da nachträglich einen besonderen Eigentumserwerbswillen betätigen?

Es fällt dem richtigen Kaufmann garnicht ein, durch Verzeichnisse, Eintragung in besondere Lagerbücher, Fakturenvermerke und wie die schönen Vorschläge alle lauten, die sicherungsübereigneten Waren abzusondern und jetzt wieder dem Verband seines freien Eigentums einzuverleiben. Das sind Vorstellungen der Theorie. Gewiß mögen sie einmal vorkommen. Wo es sich um große Firmen handelt, denen juristisch geschulte Berater zur Seite stehen, wird man eben das tun, was das Reichsgericht verlangt. Aber das beweist für den eigentlichen Charakter der Sicherungsübereignung bzw. der Rückübertragung des Eigentums gar nichts, beweist nur, daß der Jurist sich der Konstruktion anbequemt, sich nicht in ihr fangen läßt. Der Jurist! Der Kaufmann an sich hat keine Ahnung von solchen Dingen und denkt gar nicht daran, besondere Uebereignungsakte zu veranstalten und wieder rückgängig zu machen, geschweige denn, wie Hupka — beim heutigen Tempo des Geschäftsverkehrs — allen Ernstes erwägt, diesbezügliche Willensäußerungen in Briefform — an sich selber abzuschicken[167]). Auch Marck wird seine theoretisch gewiß richtigen Buchungsvermerke[168]) in der Praxis lange suchen können[169]).

---

166) Näheres über die Verbuchung bei Hoeniger, ZDNotV. 1911, S. 216 ff. (Warenlager, S. 118 ff.) und JW. 1928, 2371, Anm. A. M. Wolff in Ehrenbergs HB., a. a. O., § 3, Anm. 11, Ackermann, a. a. O., S. 34 ff. Sein „Sicherungskonto" (im Anschluß an Haas, Leipz. Z. 1908, 61) ist mir in der Praxis, selbst bei Aktiengesellschaften, nicht begegnet. So auch Fuchs, ZentblHandRecht. 1928, 19: Gesonderte Konten werden nicht geführt.

167) Hupka, Die Vollmacht, S. 278.

168) Marck, Sicherungsübereignung, S. 115.

169) Dasselbe gilt von Weißlers (a. a. O., S. 546) und Boecks (Diss., S. 70—102, 96 ff.) Vorschlägen.

Warum? Erstens hat der Kaufmann grundsätzlich keinen Sinn für solche — in seinen Augen — „juristischen Spitzfindigkeiten" und läßt sich in dieser spezifischen, ihm — wie jeder, der im kaufmännischen Leben steht, weiß — eigentümlichen Einstellung durchaus nicht belehren. Und zweitens: „Ohne Geheimhaltung des Sicherungsgeschäftes ist der Kaufmann ein verlorener Mann" [170]). Gerade der Großkaufmann, dem noch am ehesten das Verständnis für die juristischen Notwendigkeiten der Eigentumsübertragung liegen wird, schielt auf dies zweite Argument, und gerade er hat unter seinen zahlreichen Angestellten, denen er durch besondere Buchungen usw. Einblick in seine mißliche Vermögenslage gewähren würde, immer den einen oder den anderen, durch den die Geheimhaltung, dies stärkste Lockmittel für den Sicherungsübereignungskredit, gefährdet werden würde.

Diese Gefahr besteht bei einer nur tatsächlich gesonderten Lagerung der sicherungsübereigneten Waren an sich nicht. Aber dafür sind hier wieder Hindernisse ganz anderer Art zu betrachten. Die hohe Lagermiete, bzw. bei eigenen Speichern die Notwendigkeit, den Ansatz der Lagerkosten in der Kalkulation niedrig zu halten, um konkurrenzfähig zu bleiben, zwingen den Kaufmann zur Ausnutzung des vorhandenen Raumes. Wer — und gerade welcher schon im Stadium der Sicherungsübereignung befindliche Kaufmann! — kann sich den Luxus gesonderter Lagerungen nicht nach Raum-, sondern nach juristischen Gesichtspunkten leisten?

All das wird bei der bisherigen, in Konstruktionen schwelgenden Behandlung der Sicherungsübereignung zu wenig berücksichtigt. Man gefällt sich darin, saubere Lösungen für einwandfreie Absonderung des Sicherungsgutes auf dem Papier zu entwerfen, ohne sich klar zu machen, daß der Verkehr seine eigenen Wege geht, und daß eine Jurisprudenz, die ihm auf diesen Wegen nicht zu folgen vermag, unfruchtbar bleiben muß, möge sie auch noch so scharfsinnig sein. Vom Standpunkt des Verkehrs kann man getrost — oder resigniert — feststellen: Von einer Rückübertragung des Sicherungseigentums ist in der Regel keine Rede.

Auch das Reichsgericht, sonst so sehr im Banne der herrschenden Eigentumskonstruktion, geht nicht so weit, zur Propagierung dieser Konstruktion die Rückübertragung des Eigen-

---

170) Ackermann, a. a. O., S. 146.

tums zu unterstellen, wie es im Schrifttum stillschweigend geschieht. Im Urteil vom 26. April 1907[171]), auf das Kober[172]) mit Recht aufmerksam macht, wird festgestellt:

> Erklärt der Gläubiger, der im Wege der Sicherungsübereignung von seinem Schuldner Sachen zu Eigentum erworben, aber auf Grund des § 930 BGB. nur den mittelbaren Besitz an den Sachen erlangt hat, später dem Schuldner, daß er auf seine Rechte an den Sachen verzichte, so wird, wenn darin auch nicht die — dinglich wirkende — Einigung über die Rückübertragung des Eigentums auf den Schuldner zu finden ist, doch jedenfalls eine persönliche Einrede des Schuldners gegen den Herausgabeanspruch des Gläubigers begründet.

Das ist durchaus der Standpunkt, den die vorliegende Arbeit vertritt: Der Verzicht auf die Sicherheit, wie er den Regelfall bildet, ist kein Vertrag, ist keine Einigung, kann nicht die Rückübertragung des Eigentums enthalten, kann — vom Standpunkt der herrschenden Konstruktion — nicht bewirken, daß die zur Sicherung übertragenen Sachen plötzlich wieder im freien Eigentum des Schuldners stehen. Vielmehr müßten sie, wenn es wirkliches Eigentum ist, auf das hier verzichtet wird, jetzt herrenlos werden. Denn beim Verzicht auf Eigentum ist der Verlust des Eigentumsrechtes für den Verzichtenden gleichbedeutend mit dem Untergang des Eigentums.

Ueber diese unbequeme Konsequenz gleitet die herrschende Konstruktion elegant hinweg. Umsomehr ist sie hier herauszustellen. Es ist unrichtig, wenn Schäfer[174]), nachdem er eben festgestellt hat, daß der Gläubiger „wahrer Eigentümer" der Sache sei und deshalb seinerseits nun die Sache nicht auch noch pfänden könne, in derselben Zeile fortfährt: es müsse denn sein, daß er durch die Durchführung der Zwangsvollstreckung stillschweigend auf sein Eigentum verzichte. Ein ähnliches Hinweggleiten über die

---

171) RG. VII, 26. 4. 07., 251/06, abgedruckt Recht 1907, Nr. 1653, S. 766 f.

172) Staudinger-Kober, § 930, Anm. 3a, S. 462.

174) Schäfer, Arch. Bürg. Recht, Band 38, S. 42.

Verzichtsfolgen findet sich sogar bei Staub[175]: in der Versteigerung liege die Erklärung des Verkäufers, daß er die Sache als fremde, also als Eigentum des Käufers, gepfändet „und somit (!) auf sein Eigentum verzichtet habe". Einen Verzicht zugunsten Dritter gibt es nicht, der Verzicht als solcher kann nie die Wirkung haben, daß der Schuldner erwirbt[176].

Und doch erwirbt er. Schäfer und Staub haben schon Recht, nur nicht von ihrem eigenen Standpunkt aus, d. h. dem des Sicherungseigentums als wirklichen Eigentums, sondern weil es eben kein wirkliches Eigentum ist, auf das hier verzichtet wird, tritt die erwünschte Wirkung ein. Weil es sich um Pfandeigentum handelt, um ein gewohnheitsrechtlich entwickeltes spezifisches Pfandrecht in Eigentumsform, auf das analog zu § 1255 BGB. und mit gleicher Wirkung zu verzichten, wie Walsmann zutreffend betont[177], viel näher liegt, als die Konstruktion des Verzichtes als Offerte zur Eigentumsübertragung, die „stillschweigend", das heißt fiktiv, das heißt in Wirklichkeit überhaupt nicht, angenommen wird. —

Hier kommt nun der Einwand der **auflösenden Bedingung,** der bei der Uebersicht über die verschiedenen Konstruktionen der Sicherungsübereignung schon kurz berührt wurde, auf den ich hier aber näher eingehen muß, weil er im Gegensatz zur Verzichtsauffassung steht.

Einige Vertreter der herrschenden Meinung — insbesondere Ackermann und Marck, ihm folgend Koch — wittern nämlich ganz richtig die Schwäche der Rückübereignungskonstruktion und kommen deshalb auf den genialen Ausweg: es bedürfe überhaupt keiner Rückübereignung, da die vorherige Eigentumsübertragung unter der auflösenden

---

175) Staub-Koenige, Exkurs zu § 382, Anm. 66, S. 555.

176) Walsmann, Verzicht, S. 216. Der von Siber (§ 397, Anm. 1a, S. 542) angeführte § 1168 BGB. ist durchaus jus singulare und aus den Erfordernissen des Hypothekenrechts zu erklären, kann aber für einen Verzicht zugunsten Dritter grundsätzlich nichts hergeben. Wollte man den letzteren anerkennen, so würde man damit, ebenso wie mit dem Vertrag zugunsten Ditter im Sachenrecht, den Grundsatz der Einigung und Uebergabe bzw. Eintragung illusorisch machen.

177) a. a. O., S. 224.

Bedingung der Zahlung der Schuld erfolgt sei, das Eigentum also mit Zahlung ipso jure an den Schuldner zurückfalle.

Daß eine derartige Konstruktion juristisch einwandfrei ist, unterliegt keinem Zweifel. Aber wie steht es mit ihrer tatsächlichen Unterlage in der Praxis? Sie ist nicht vorhanden und wieder nur auf fiktivem Wege darzustellen. Bei Boeck[178]), dem ersten Verfechter dieser Meinung[179]), muß denn auch der Umstand, daß der Schuldner bei Abschluß des Sicherungsübereignungsvertrages „daran denkt", daß der übereignete Gegenstand einmal wieder sein Eigentum sein soll, zur Hervorzauberung der auflösenden Bedingung herhalten und ausreichen.

Interessant ist aber, daß Boeck — und damit stützt er indirekt die hier vertretene Auffassung — zu seiner Konstruktion der auflösenden Bedingung aus ganz dem nämlichen Grunde kommt, aus dem ich den Verzicht vertrete: eben weil auch er die Rückübereignung nach § 929 Satz 2 BGB. leugnet. „Ausdrücklich wird eine solche kaum vorkommen, man müßte also einen stillschweigenden Vertrag annehmen. Dieser Vertrag aber ist eine reine Fiktion." [180])

Soweit sind wir uns also einig. Und bei der damals noch — Boeck schreibt 1912[181]) — krampfhaft betonten „grundsätzlichen" Verschiedenheit von Sicherungsübereignung und Pfandrecht ist es begreiflich, daß Boeck, obschon er „materiell" zur Annahme des Pfandrechtes kommt[182]), juristisch noch nicht die Konsequenzen zu ziehen wagt, sondern fortfährt: Da man also doch einmal auf jeden Fall zu der Annahme einer stillschweigenden Vereinbarung genötigt sei (nämlich, um das Eigentum wieder an den Schuldner zurückgelangen zu lassen), so läge es doch viel näher, statt einer stillschweigenden Einigung von vornherein eine stillschweigend vereinbarte auflösende Bedingung anzunehmen[183]).

---

178) Boeck, Diss., S. 11.

179) Nach Luetgebrune, a. a. O., S. 55, den ich schon oben (S. 12) genannt habe.

180) a. a. O., S. 11 f.

181) 15 Jahre später, nachdem er die Sicherungsübereignung als Richter in der Praxis beobachtet hat, schreibt derselbe Boeck: sie ist ein Pfandrecht! (Leipz. Z. 1922, S. 241.) So jeder Praktiker — im Stillen!

182) Boeck, Diss., S. 16 ff.

183) a. a. O., S. 12.

Also nur eine Konstruktion faute de mieux, ein Ausweg, der von einer Fiktion in die andere läuft. Hier sieht man deutlich, auf wie schwachen Füßen die auflösende Bedingung steht, wie der Wunsch der Vater des Gedankens ist.

Eine ähnliche Auffassung vertritt Marck. Auch er gibt zu[184]), daß die Sicherungsübereignung, wie sie tagtäglich im Verkehr vorkomme, „nur in den seltensten Fällen" die auflösende Bedingung stipuliert enthalte. Auch seine Idee gipfelt demnach in einer stillschweigenden auflösenden Bedingung: Wer bewegliche Sachen mittels Besitzkonstitut zur Sicherung für eine Schuld übereignet, hinterher aber die Schuld getilgt habe, würde es für vollkommen unverständlich halten, falls ihm hinterher gesagt würde, die Sachen gehörten gleichwohl noch seinem Gläubiger[185]).

Das stimmt. Aber nicht, weil der Schuldner mit Marck an eine stillschweigende auflösende Bedingung gedacht hat, von der unser oben geschilderter Kaufmann gar nichts ahnt, sondern weil er die ganze „Verschreibung" von vornherein als besonders starkes Pfandrecht auffaßte. Wenn er etwa verkauft und übereignet, weiß auch der kleine Mann sehr wohl, daß die Sachen ihm zurückübertragen werden müssen, wenn er sie wieder haben will. Ueberall da die Tilgung der Schuld als auflösende Bedingung stillschweigend einzusetzen, wo nicht ausdrücklich die Parteien sich auf die nur obligatorische Verpflichtung zur Rückübertragung festgelegt haben[186]), steht in schroffem Widerspruch zu der wirklichen Auffassung der Parteien und ist nicht mehr „erwünschte Auslegung" der Sicherungsverträge, sondern einfach eine Unterstellung.

Aber selbst wenn man das gutheißen will, ist das Ergebnis alles andere als befriedigend. Bei der Sicherungsübereignung zum Beispiel, die den Schuldner auch vor anderen Gläubigern schützen soll, liegt es ganz gewiß nicht im Sinne der Parteien, daß plötzlich automatisch das sorglich in Sicherheit gebrachte Eigentum an den Schuldner zurückfällt und damit dem Zugriff der Drittgläubiger ausgeliefert ist. Das gibt Boeck[187]) auch zu, beruhigt sich aber bei der Erwägung, daß dann auch rechtspolitisch gar kein Grund vor-

184) Marck, Sicherungsübereignung 1917, S. 16 ff.
185) a. a. O., S. 18.
186) So Marck, a. a. O., S. 18.
187) Boeck, Diss., S. 12, Anm. 1.

handen sei, dem Schuldner zu Hilfe zu kommen. De lege lata wird ihm aber geholfen (und es wird auch hier moralisch berechtigte Fälle geben), und es handelt sich doch darum, die Konstruktion des geltenden Rechtes zu finden.

Wie widerspruchsvoll aber auch grundsätzlich bei auflösender Bedingung die Konstruktion der Sicherungsübereignung bleibt, zeigt sich darin, daß diese Konstruktion, an wirklicher Eigentumsübertragung festhaltend, im constitutum possessorium und im Konkurs denselben Schwierigkeiten und Verzerrungen ausgeliefert ist wie jede andere, an wirklicher Uebereignung festhaltende Auffassung [188]).

In der Rechtsprechung ist die auflösende Bedingung so gut wie unbekannt [189]). In der Praxis steht man ihr nicht nur, wie Marck zugibt, fremd, sondern, wie ich wiederholt feststellen konnte, abhold gegenüber. Auf meine Frage, ob eine solche Bedingung nicht üblich oder doch ratsam sei, erhielt ich die stereotype Antwort: Nein, dann hieße es nachher, die ganze Uebereignung sei simuliert!

Ich lehne deshalb den Versuch, die Mängel der herrschenden Konstruktion durch neue Fiktionen auszuflicken, ab und zeichne die Dinge so, wie sie sich tatsächlich abspielen [190]). Als Kaufmann hatte ich vielfach mit Sicherungsübereignungen zu tun, habe aber nie die Auffassung einer wirklichen Uebereignung gehabt, die mir erst unter den Juristen begegnet ist. Die Waren wurden genau wie sonst verschifft, gelandet, gelagert, verkauft, verpackt, versandt, versichert [191]), gebucht.

---

188) Dagegen, die auflösende Bedingung auch noch auf den Eintritt des Konkurses und weitere Ereignisse abzustellen, bestehen grundsätzliche Bedenken. Darüber neuestens Lamprecht, a. a. O., und Marck selbst a. a. O., S. 16; a. M. Schultze, a. a. O., ihm folgend Fischbach, Treuhänder, 1912, S. 127.

189) Vgl. RGZ. 102, 386 und die Kommentare, wie oben zitiert (S. 11, Anm. 58).

190) Vgl. Vetsch, a. a. O., S. 51 f.; a. M. Luetgebrune, Diss., S. 57 ff.; Levin, JW. 1912, 118.

191) Von den von Hallbauer, Sächs. Arch. 07, 174 f. (unter i) und Hoeniger, ZDNotV. 1911, 214 f. (Warenlager, S. 116 ff.) und Diskontierung, S. 61 ff. erwähnten Schwierigkeiten der herrschenden Konstruktion auch hierbei habe ich in der Praxis nichts bemerkt. Vielleicht nur deshalb nicht, weil ein Versicherungsfall nicht eintrat. Vgl. über diese interessanten Nebenfragen auch Ackermann, a. a. O., S. 50.

Es war ganz das Bild, wie Walsmann es für den juristisch analog liegenden Eigentumsvorbehalt beim Kauf[192]) zeichnet:

> Der Käufer kann die Sache nutzen, verpachten, vermieten, selbst verpfänden und sogar veräußern, sofern nur dem Verkäufer — das Eigentum erhalten bleibt.

Nach Eingang von Zahlungen wurde der Bankkredit abgedeckt, die Schuld erlosch, die Bank verzichtete auf ihr — Eigentum, das damit wieder dem Kaufmann zustand.

Also durchaus „ein Rechtsinstitut für sich", wie Koch[193]) ausführt, aber unmöglich eines, wie er fortfährt: „also" erwerbe der Sicherungsnehmer volles Eigentum allein durch die im Sicherungsübereignungsvertrag ausgedrückte Einigung nebst Besitzbelassung. Daraus, daß die Sicherungsübereignung ein Rechtsinstitut für sich ist, folgt ohne weiteres, daß der Sicherungsnehmer volles Eigentum erwirbt?

Ich kann mich dieser Logik nicht anschließen, die mir doch leicht von der Tendenz des Bank-Archivs beflügelt zu sein scheint, wie denn in Kochs Augen die Banken Philanthropen sind, die der Wirtschaft „auch dann noch" Mittel zuführen, wenn sie sich „lediglich" mit einer Sicherungsübereignung zufrieden geben müssen[194]), „deshalb sei diese nun aber wenigstens als Volleigentum anzuerkennen". Es kommt eben doch zuviel darauf an, von welcher Seite man an die Dinge herantritt. Nur so läßt sich der Standpunkt Kochs einerseits, der etwa Klangs[195]) andererseits verstehen[196]).

---

192) Verzicht, S. 222.

193) Koch, Bank-Arch. 25. Jahrg., S. 428.

194) a. a. O., S. 429. Ueber die Großmut dieses sich mit einer Sicherungsübereignung „Begnügens" treffend Raape, a. a. O., S. 61.

195) Klang, a. a. O. Klang sieht wieder nur die „Schaffung faktischer Exekutionsprivilegien" in der Sicherungsübereignung.

196) Folgerichtig ist für Koch die ständige Absonderung im Konkurs des Schuldners „juristisch vollkommen unhaltbar", a. a. O., S. 429.

Kein Schuldner denkt daran, die „verschriebenen“ Sachen als veräußert anzusehen; der Gedanke, daß sie mit Abschluß des Sicherungsvertrages fremde Sachen werden, liegt ihm fern, und deshalb, aber nicht, weil eine auflösende Bedingung da ist, findet keine Rückübertragung des Eigentums statt.

ANHANG.

Das englische Lien.

Eine Stützung der im Vorstehenden vertretenen Auffassung auf rechtsvergleichender Grundlage findet sich im englischen Letter-of-Lien-Recht, das eine Parallele zu den Vorgängen bei der Sicherungsübereignung bietet, insbesondere für den Verzicht.

Allerdings muß ich dabei eine Illusion zerstören, die sich in dem für Einführung des Registerpfandes[197]) tätigen Schrifttum allmählich gebildet hat, wo sie unbesehen einer vom anderen übernimmt.

Ein beliebtes Argument zur Befürwortung des Registerpfandes ist nämlich der Hinweis auf die angeblich eine große Rolle spielenden englischen Bills of Sale auf Grund des Bills of Sale Act von 1878 (Amendment Act von 1882), von deren Technik sich in fast allen deutschen

---

197) Für Einführung des Registerpfandes sind u. a. Lehmann, Gläubigerschutz, S. 75 ff. (gute Uebersicht, S. 35 ff.); Weißler, ZDNotV. 1911, S. 546; Salinger, DJZ. 1926, 633 ff.; Friedländer, ZblHR. 26, 99 ff.; Herold, DJZ. 1927, S. 1245 ff.; der sogenannte Entwurf Kleinath und Genossen, abgedr.: ZblHR. 1926, 99 (§ 2, Abs. 2); dazu Cahn, Bayr. Z. f. Rechtspflege 1926, S. 97. Die Zahl der Gegner wächst. Ich nenne nur: Hoeniger, JW. 1927, 629, Warenlager S. 8 ff., Bank-Arch. 1926, S. 267; Oertmann, DJZ. 1911, S. 1183; Koch, Bank.-Arch. 25. Jahrg., S. 270 ff.; Merzbach, ebenda S. 183 ff.; Maurer, Zeitschr. f. d. ges. HR. 89, S. 169 ff.; Meyerstein, JW. 1926, 529; Bernstein, DJZ. 1926, 735 ff.; Marck, Sicherungsübereignung, S. 85; Weinberg, „Fragen des Gläubigerschutzes mit besonderer Berücksichtigung des Registerpfandes", Berlin, Leipzig 1926.

Für den Praktiker kann es keinem Zweifel unterliegen, daß die Einführung des Registerpfandes ein Schlag ins Wasser sein würde.

registerpfandfreundlichen Abhandlungen eine breite, lobende Darstellung findet[198]).

Sehr zu Unrecht! Denn in der Praxis, namentlich im Groß- und Ueberseehandel, spielt das Bill of Sale gar keine Rolle, eine desto größere aber das in den deutschen Abhandlungen meist gänzlich ignorierte Lien.

Erwähnt findet es sich in der interessanten Zusammenstellung internationaler Kreditsicherungsformen von Schauer und Rost[199]) in dem von Kappe beigesteuerten Aufsatz[200]), der sich aber, der Tendenz des Buches entsprechend, in der Hauptsache doch nur auf objektive Aufzählung der einzelnen englischen Sicherungsformen ohne weitere Wertung beschränkt. Eine Darstellung, die der weittragenden Bedeutung gerade dieses Lien gerecht wird, insbesondere seine Ueberlegenheit dem Bill of Sale gegenüber, das bekanntlich ein besitzloses, aber eintragungsbedürftiges Pfandrecht ist, beleuchtet, habe ich vergeblich gesucht.

Nur in dem die Einführung des Registerpfandrechts bekämpfenden Aufsatz von Otto Maurer[201]) findet sich eine kurze, aber den Nagel auf den Kopf treffende Bemerkung: Die so oft genannten Bills of Sale des englischen Rechtes zeigten gerade, wie wenig sich diese Art der dinglichen Sicherstellung wegen ihrer formalistischen Erfordernisse für den Verkehr eigne, „der sich ihrer, wegen der mit der Eintragung verbundenen Umstände sowie der Mangelhaftigkeit des Eintragungsinhalts, nur möglichst ungern und selten bedient und lieber statt dessen von dem beweglichen, nicht registerpflichtigen Lien Gebrauch macht“[202]).

So ist es. Und der Hergang dem unserer Sicherungsübereignung durchaus analog:

In einem formellen Letter of Lien erklärt die kreditbedürftige Firma der ihr die Dokumente über die ankommenden Waren präsentierenden Bank, daß sie gegen Aushändi-

---

198) So schon bei Linckelmann, Arch. Bürg. Recht, Band 7, S. 229 ff., auch Kohler, ebenda S. 235 erwähnt sie. Vgl. ferner Geiger, DJZ. 1907, 590.

199) Schauer und Rost, Die Kreditsicherung im internationalen Handelsverkehr, Berlin 1926.

200) a. a. O., S. 13 ff.

201) Maurer, a. a. O., S. 170.

202) a. a. O.

gung der Verschiffungspapiere die betreffenden, der Bank verpfändeten *(„hypothecated to you")* Waren für die Bank *(„on your behalf")* landen, lagern und halten werde *(„to land, store and hold")*, sie auch gegen jegliches Risiko für die Bank versichern werde:

> *„I/We also undertake to keep the said imported goods fully insured against all riks and to hold the policy or policies on your account and in the event of loss to collect the insurance money and to pay the same to the said Corporation as and when received."*

Alles dies als Sicherheit für pflichtgemäße Zahlung des von der Firma der Bank gegebenen Akzeptes *(„as a guarantee for the due payment of our acceptance")*. Sollten die Waren oder ein Teil von ihnen vor Fälligkeit des Akzeptes verkauft und ausgeliefert werden, so seien die dafür eingehenden Gelder an die Bank abzuführen.

Alles wie bei der Sicherungsübereignung. Nur, daß der Engländer nicht heuchlerisch von „wirklicher Uebereignung" redet, sondern das Kind beim rechten Namen nennt: als Sicherheit verpfändet *(„hypothecated as security")*.

Zug um Zug gegen Hingabe dieses Letter of Lien erhält die Firma von der Bank die Dokumente ausgehändigt, übernimmt die Waren in ihren alleinigen Besitz und veräußert sie im Rahmen des üblichen Geschäftsverkehrs. Aber:

> *„I/We further undertake on request to transfer all or any of the said imported goods to you or as you shall direct in which event it is agreed you shall have absolute power of sale of the goods transferred."*

Also ganz die Kreditform, die Kappe[204]) als equitable Lien bzw. judicial Lien bezeichnet und als „pfandähnliches Recht", „unabhängig vom Besitz", anspricht, im Gegensatz zum possessory Lien (common law Lien), das den Besitz erheischt[205]).

Wenn Kappe für dies Lien das Recht zur Selbst-

---

204) Schauer und Rost, a. a. O., S. 18.
205) a. a. O., S. 16.

befriedigung grundsätzlich verneint[206]), so mag ihm der Ausdruck zugestanden werden. Tatsächlich bilden in der Praxis die Ausnahmen die Regel, und es liegt auf der Hand, daß sich die Banken bei der Stärke ihrer Position die Abdingbarkeit des Selbstbefriedigungsverbotes nicht entgehen lassen. So finde ich zum Beispiel im Letter-of-Lien-Formular einer der größten englischen Banken ausdrücklich die Klausel:

> *„and we* (nämlich die Firma) *agree that, in case of need, you shall be at liberty to sell the said merchandize, and apply the net proceeds (after deducting Freight, and Insurance if effected by you, and all charges together with the usual Merchants Commission which you are to be entitled to) towards payment of the said Drafts, without prejudice to your recourse thereon against us and all other parties for any deficit".*

Der Vorsicht halber wird noch hinzugefügt:

> *„The word PROCEEDS is to be understood to include the amount recoverable under any insurance policies covering the said merchandize."*

Dem entspricht, daß auch alle Anweisungen auf die verpfändeten Waren (Delivery Orders) nur unter Gegenzeichnung der Bank ergehen dürfen: *„goods to be delivered under your signed Delivery Orders only".*

Das ist die Situation v o r Fälligkeit des Akzepts (sc: der Tratte, unter der die Waren gekommen sind). Ist es bei Fälligkeit eingelöst und damit das Interesse der Bank an weiterem Griff auf die etwa noch vorhandenen Waren erloschen, so vollzieht sich wiederum ein den Vorgängen bei der Sicherungsübereignung durchaus analoger Akt: die Bank v e r z i c h t e t auf die Sicherheit! Aber sie übereignet nicht zurück. Denn E i g e n t ü m e r war der Schuldner geblieben.

Dergleichen gehört zum täglichen Brot des Kaufmannes drüben, und die Letter-of-Lien-Formulare ebenso zum eisernen Bestand jedes Office wie die der Konnossemente, Policen, Facturen usw.

Zur besseren Veranschaulichung lasse ich ein Original-

---

206) a. a. O., S. 18.

Letter-of-Lien-Formular in wörtlichem Abdruck folgen. Ich wähle dabei aus mehreren mir vorliegenden Exemplaren die vorbildlich einfache und klare Fassung der Deutsch-Asiatischen Bank. Andere Banken verstehen es, durch die üblichen geschraubten Verklausulierungen (vgl. Versicherungspolicen!) den Text auf das Doppelte bis Vierfache der nachstehenden Länge zu bringen.

(Datum).

DEUTSCH-ASIATISCHE BANK

Tientsin.

Dear Sirs,

In consideration of your having handed over to us/me shipping documents for _____

_____

hypothecated to you as collateral security for due payments of a draft for _____ *drawn upon us/me by* _____ *of* _____ *due on* _____ *and accepted by us/me, we/I hereby engage to land, store and hold the said goods on your behalf as a guarantee for the due payment of our/my acceptance as above, and in the event of the said goods or any portion thereof being sold and cleared before maturity of our/my said acceptance we/I pledge ourselves/myselves to pay into the proceeds of such sales on delivery of the goods.*

Goods to be delivered under your signed Delivery Orders only.

We/I also undertake to keep the goods referred to fully insured against fire as well as against marine risks & to hand over to you the amount of any claims on the underwriters; the policies of insurance being in the meantime held by us/me on your behalf.

Yours faithfully,

(Unterschrift des Kaufmanns).

§ 9.

II. Forderungen.

1. Mit Wertpapieren.

Die Sicherungszession ist so sehr das genaue Spiegelbild der Sicherungsübereignung im engeren Sinne, daß der Verzicht auf die Sicherheit für diese Fälle ohne weitere Einleitung und Umstellung miterörtert werden kann. Was über die Sicherungsübereignung beweglicher Sachen gesagt wurde, gilt grundsätzlich auch hier. Aber die Sachlage wird noch drastischer.

Das häufigste Sicherungsmittel im Sinne dieses Abschnittes ist die Briefhypothek.

Zur Abtretung einer Hypothekenforderung, für die ein Hypothekenbrief ausgestellt ist, fordert das Gesetz (1) Erteilung der Abtretungserklärung in schriftlicher Form, (2) Uebergabe des Hypothekenbriefes (§ 1154 BGB.). Die Schriftform ist Minimum; legt der Zessionar auf öffentlichen Glauben auch außerhalb des Grundbuches Wert, so kann er öffentliche Beglaubigung der Abtretungserklärung verlangen (§ 1154 Absatz 1 Satz 2, § 1155 BGB.).

Dementsprechend spielt sich auch bei der Sicherungszession der erste Akt ab. Der Sicherungsnehmer nimmt Brief und schriftliche Abtretungserklärung entgegen und verwahrt beides. Die Schuld wird bezahlt, die Rückübertragung der Hypothekenforderung akut. Also — wird man nach der herrschenden Konstruktion annehmen müssen — findet nun die schriftliche Rückzession an den Sicherungsgeber statt.

Und wie sieht der Vorgang im täglichen Leben aus? Von Rückzession keine Rede; jene erste Zessionsurkunde wird einfach dem Schuldner zurückgegeben oder, noch einfacher, zerrissen! Deutlicher läßt sich die Kluft zwischen Theorie und Praxis nicht veranschaulichen: die Theorie zediert zurück, die Praxis verzichtet.

Einen interessanten Beleg dafür erörtert Walsmann für das Aufwertungsrecht[207]). Der Fall, den er im Auge hat, ist folgender:

---

207) Walsmann, „Rückgabe der Zessionsurkunde nebst Hypothekenbrief zwecks Vereinfachung des Aufwertungsverfahrens", Meckl. Zeitschrift für Rechtspflege 1926, S. 137 ff.

Ein Eigentümer hat, um auf billige Weise sein Grundstück hypothekenfrei zu bekommen, in der Inflationszeit seine Hypothekengläubiger ausgezahlt und sich dafür von ihnen den Hypothekenbrief unter formgerechter Zession an ihn zurückgeben lassen. Im Grundbuch ist alles beim Alten geblieben. Nun kommt die Aufwertung zugunsten des Zedenten. Nach dem Gesetz mußte der seine Rechte anmelden. Das war ihm in vielen Fällen zu umständlich, und so kam er auf den Ausweg, sich einfach vom Eigentümer die Zessionsurkunde nebst Hypothekenbrief zurückgeben zu lassen. Dadurch umging er die Anmeldepflicht. Denn im Grundbuch stand er ja noch als Gläubiger eingetragen.

So ist scheinbar alles in Ordnung. Scheinbar! Mit Recht stellt Walsmann fest[208]), daß die dingliche Wirkung der Zession nicht durch formlosen Vertrag zwischen früherem Hypothekengläubiger und Eigentümer beseitigt werden kann, sondern daß es dazu einer formgerechten, das heißt mindestens schriftlichen, neuen Zession vom Eigentümer auf den Gläubiger bedarf.

Ganz so liegt aber auch der von Walsmann zur Veranschaulichung mit herangezogene[209]) Fall unserer Sicherungszession. Oder richtiger gesagt: er liegt noch weniger im Bereich einer Rückzession. Denn hier wird in der Regel nicht einmal ein Vertrag zwischen den Parteien zustandekommen, wie beim Aufwertungsfall, der immerhin Verhandlungen voraussetzt, sondern es liegt eben nur einseitiger Verzicht des Sicherungsnehmers vor. Oder man könnte noch einen Schritt weiter gehen und das Zerreißen der Zessionsurkunde nicht einmal mehr als Verzicht, sondern einfach als sogenanntes gegensätzliches Verhalten ansprechen.

Im englischen Recht stark entwickelt, findet diese Rechtserscheinung des gegensätzlichen Verhaltens im deutschen Recht keine ausdrückliche Sanktion. Doch wird man Walsmann folgen dürfen, wenn er den Satz aufstellt:

> Wenn das willkürliche Verhalten eines Rechtssubjektes an sich oder in seinen Konsequenzen mit dem Fortbestand eines Rechtes, über welches dem Rechtssubjekt die freie Disposition zusteht, in offenen Wider-

---

208) a. a. O., S. 138.

209) a. a. O., S. 137 f.

spruch gerät, so hat dieser Widerspruch die Aufhebung des Rechtes zur Folge [210]).

Aber auch wenn man dieser Auffassung zuneigt, das heißt im Zerreißen der Zessionsurkunde noch weniger als einen Verzicht sieht, kommt man praktisch zu keinem anderen Ergebnis. Denn in ihren Wirkungen sind Verzicht und gegensätzliches Verhalten einander gleich. Das Eine ist deshalb ebensogut ein Beleg für die hier vertretene Auffassung vom Pfandrechtscharakter der Sicherungszession und gegen eine wirkliche Uebertragung wie das Andere.

Darum ist jedenfalls nicht herumzukommen, daß weder gegensätzliches Verhalten noch Verzicht noch mündlicher Vertrag die dingliche Wirkung der Hypothekenzession beseitigen können. Das ist der Punkt, an dem die herrschende Meinung mit ihrer Auffassung der Sicherungszession als wirklicher Zession gründlich festsitzt. So sagt das Reichsgericht selbst [211]): die Auffassung, daß durch den Widerruf des Einziehungsauftrages die Forderung ohne weiteres wieder an den Schuldner zurückgefallen sei, ist unrichtig.

Damit soll nicht bestritten werden, daß im Verhältnis zwischen den Beteiligten, zwischen Gläubiger und Schuldner, auch bei der Auffassung der Sicherungszession als Vollabtretung dem Schuldner geholfen werden kann, wenn ihn etwa der Gläubiger noch nachträglich anfassen will. Sei es, daß man ihm die exceptio doli dem Gläubiger gegenüber gibt, sei es, daß man — in einem Fall, wo Rückgabe der Hypothek vorliegt — zu einem pactum de non petendo kommt [212]). Nie wird man aber mit dieser Auffassung der Sicherungszession erreichen können, daß der Schuldner auch das dingliche Recht zurückerhält, und gerade darum handelt es sich.

Eine Aufzählung der Wertpapiere, die sonst der Sicherungsübereignung dienstbar gemacht werden, würde zu weit führen. Es genügt, den Hauptfall als Prototyp herausgestellt zu haben, an ihm veranschaulicht zu haben, daß, wie bei beweglichen Sachen, auch hier eine Rückübertragung in weitaus den meisten Fällen nicht in Frage kommt.

---

210) Verzicht, S. 210, grundsätzlich zustimmend Siber, a. a. O., § 397, Anm. 3, S. 544.

211) RGZ. 99, S. 143.

212) Walsmann, Meckl. Zeitschrift, a. a. O., S. 138 nimmt pactum de cedendo an.

Zum gleichen Ergebnis wird man kommen, wenn man etwa der Sicherungsübereignung von Aktien nachgeht, der von Forderungen aus Lebens-Versicherungspolicen oder Sparkassenbüchern[213]). Nur daß hier, wegen des Fehlens einer Formvorschrift, der Mangel der Rückübertragung nicht so kraß in Erscheinung tritt.

Auch die Sicherungsübereignung von Beweispapieren, die nicht selbständige Träger von Rechten sind, gehört hierher, als Folge der Sicherungszession der ihnen zugrundeliegenden Forderung: Das Recht am Papier folgt dem Recht aus dem Papier (§ 952 BGB.)[214]).

2. Forderungen ohne Wertpapiere.

a) Im allgemeinen.

Ganz ähnlich ist die Lage bei der Sicherungszession von Forderungen ohne Wertpapiere. Der Kernpunkt der Sache ist hier, daß man die für eine regelrechte Verpfändung solcher Forderungen nach bürgerlichem Recht zwingend vorgeschriebene Benachrichtigung des Drittschuldners (§ 1280 BGB.) vermeiden will. Deshalb findet auch hier formell eine Zession statt, die eine Anzeige an den debitor cessus nicht voraussetzt, sondern formlosen Abtretungsvertrag zwischen Gläubiger (Sicherungsnehmer, Zessionar) und Schuldner (Sicherungsgeber, Zedent) genügen läßt (§ 398 BGB.).

Seitdem das Reichsgericht wiederholt ausgesprochen hat[215]), daß eine Verabredung dahin, die übernehmende Bank dürfe den Drittschuldnern grundsätzlich keinerlei Mitteilung über die Zession machen, die Ernstlichkeit der Sicherungszession ausschließe, wird in der Regel vom Zedenten dem Zessionar pro forma ein Benachrichtigungsschreiben an den Drittschuldner mitgegeben. Doch geht die Abmachung dahin, es nur für den Fall, daß der Zedent seinen Verpflichtungen nicht nachkommt, zu gebrauchen. Dem entspricht die weitere Vereinbarung, daß in solchem — aber nur in solchem — Falle die Bank zur Einziehung der Forderung berechtigt

---

213) Vgl. Weidemann, DJZ. 1906, S. 1000.

214) Weitere Beispiele und Gegenbeispiele bei Staub, § 368, Anm. 102, 103; vgl. auch ebenda Anm. 95 b.

215) So RGZ. 92, S. 108; RG. LZ. 1913, S. 679, Nr. 16.

sein solle. Anderenfalls ist der Zessionar zur Rückzession verpflichtet [216]).

Auch hier wird man in der Praxis oft lange nach dieser Rückzession suchen können. Für Koch [217]), von seinem Standpunkt aus folgerichtig, genügt deshalb abermals die bloße Erwägung, daß nach Rückzahlung der Schuld die abgetretene Forderung wieder an den Zedenten zurückfallen solle, zu dem kühnen Schluß: es handele sich „also" auch bei dieser Forderungsabtretung um eine Sicherungsübereignung unter einer auflösenden Bedingung.

Ich halte das für eine frei erfundene Konstruktion aus dem bloßen Zweck eines Rechtsgeschäftes heraus [218]). Mit Hilfe solcher beliebigen Fiktionen wird man allerdings auch hier wieder den Rückfall der Forderung an den Zedenten erreichen. Der tatsächlichen Sachlage angemessener ist es, zum Pfandrecht und damit zum Verzicht des Zessionars auf die Sicherheit zu kommen.

Daß wir auf dem Wege dazu sind, läßt der immer weicher werdende Standpunkt des Reichsgerichts erkennen, das sich im 91. Bande S. 279 schon zu dem Eingeständnis herbeiläßt:

> Nicht nur wirtschaftlich vertrete das durch Sicherungsabtretung begründete Recht die Stelle eines Pfandrechtes, sondern auch in rechtlicher Beziehung weise es dem Pfandrecht verwandte Züge auf.

Das klingt doch schon wesentlich anders als die früher immer betonte „grundsätzliche" und „völlige" rechtliche Verschiedenheit zwischen Sicherungsübereignung und Pfandrecht. Von diesem modifizierten Standpunkt bis zu der hier vertretenen Anschauung ist nur noch ein Schritt.

---

216) Staub, § 368, Anm. 104, S. 693; Düringer-Hachenburg, Anm. 129 vor § 368 (S. 711).

217) Bank-Arch. 18. Jahrg., S. 156.

218) Der gleichen Ansicht Boeck, Leipz. Z. 1922, S. 241, der auch hier nicht einmal die Verpflichtung zur Rückzession für vereinbart hält.

b) Diskontierung von Buchforderungen.

Eine technisch besonders ausgebildete Art der Forderungsabtretung ist die sogenannte Diskontierung von Buchforderungen[219]).

Da sie nicht so bekannt ist wie die Sicherungsübereignung beweglicher Sachen und die Sicherungszession von Forderungen schlechthin, ist der Sachverhalt kurz darzustellen.

Die kreditsuchende Firma wendet sich an eine diesen Geschäftszweig betreibende Bank, wie früher[220]) die Deutsche Bank, und erbietet sich, als Sicherheit für einen ihr zu gewährenden Kredit, ihre Außenstände[221]), eben ihre „Buchforderungen", abzutreten.

Die Forderungen werden von der Bank auf Verität und Bonität hin geprüft (nach Hoeniger[222]) müssen es Forderungen sein, die in drei bis fünf Monaten fällig werden und auf Warenlieferungen beruhen) und gegebenenfalls mit etwa drei Vierteln ihres Nennwertes „diskontiert", also unter Abzug des Diskonts angekauft. Der entsprechende Betrag wird der Firma bei Berechnung der üb-

---

219) Darüber insbesondere Hoeniger, a. a. O. mit weiteren Literaturnachweisen. Ueber schweizerische Verhältnisse Landmann, a. a. O., über österreichische Wahle bei Schauer und Rost, a. a. O., S. 49 ff. Ueber die Praxis Staub, § 368, Anm. 101 ff.; Koch, Bank-Arch. 18. Jahrg., S. 155 ff.; Marck, Sicherungsübereignung, S. 47 ff.

220) Nach mir zugegangener privatschriftlicher Mitteilung aus dem Direktorium der Deutschen Bank, Berlin, hat die Deutsche Bank, die in den Abhandlungen über die Diskontierung von Buchforderungen immer noch eine Rolle spielt (so noch bei Marck, Sicherungsübereignung, S. 51), diesen Geschäftszweig schon im Jahre 1914 wieder aufgegeben.

221) Karger, a. a. O., S. 557, macht darauf aufmerksam, daß in Oesterreich im Falle der Abtretung sämtlicher Außenstände auf Nichtigkeit erkannt wurde, weil dem Erfordernis der Bestimmtheit nicht genügt sei, „zumindest hätte die Uebergabe eines von Fall zu Fall zu ergänzenden Verzeichnisses der Forderungen hinzukommen müssen". — Ueber ähnliche Bedenken bei Abtretung der „jeweils vorhandenen" Außenstände vgl. OLG. Hamburg, Urteil vom 21. 4. 26. Bank-Arch. 25. Jahrg., S. 455.

222) a. a. O., S. 4.

lichen Provisionen und Spesen ausgezahlt, der Rest, das heißt die Differenz zwischen diskontiertem Betrag und Nennwert der Forderung, ihr gutgeschrieben („Risikoreserve“ [223]).

Da den Forderungen schriftliche Schuldanerkenntnisse nicht zugrundezuliegen pflegen, sind sie, trotz der schließlich doch mehr formellen Prüfung, in den Augen der Bank einseitige, vielleicht einredebehaftete Ansprüche, erhoben auf Grund von Geschäftsvorgängen, die ihrer Kenntnis entzogen sind. Deshalb verlangt die Bank als weitere Sicherheit ein Akzept der Firma in Höhe des diskontierten Betrages; außerdem eine spezielle Haftungsübernahme für die Beibringlichkeit der abgetretenen Forderungen [224]), obgleich Hoeniger mit Recht auf die Ueberflüssigkeit dieser letzteren Manipulation hingewiesen hat. Denn der Kunde ist ja ohnehin schon doppelt verhaftet: einmal aus dem Darlehn der Bank an ihn, zum Zweiten und denkbar scharf aus dem Akzept [225]).

Endlich hat die Firma, wie bei der schon abgehandelten gewöhnlichen Sicherungszession, der Bank die zur eventuellen Geltendmachung der Forderungen erforderlichen Abtretungsanzeigen an die Schuldner zu liefern, die aber wiederum vorerst nicht abgesandt werden [226]).

Da die Drittschuldner in Unkenntnis der geschilderten Vorgänge nach wie vor an die Firma zahlen werden, bedarf diese ihrerseits eines Inkassomandats der Bank [227]), das — und hier wird das Groteske der ganzen „Diskontierungs“- bzw. Abtretungskonstruktion deutlich — aus Prestigegründen wieder in das Gewand einer fiduziarischen Rückabtretung der diskontierten Forderungen gehüllt wird [228]). Es ergibt sich also das seltsame Bild, das zunächst der Diskontnehmer die Forderungen dem Diskonteur fiduziarisch zur Sicherung abtritt und sie darauf zum Inkasso fiduziarisch zurückzediert erhält: jede

---

223) Landmann, a. a. O., S. 227.

224) Hoeniger, a. a. O., S. 5.

225) a. a. O., S. 12.

226) So auch Türk, a. a. O., S. 1004. Damit besteht die Gefahr, daß der Schuldner (Diskontnehmer) ein und dieselbe Forderung mehrfach diskontieren lassen kann. Vgl. Landmann, a. a. O., S. 235.

227) a. M. Hoeniger, auf dessen Ansicht ich gleich zurückkomme. — Wie im Text Marck, a. a. O., S. 63.

228) Hellwig, Recht und Wirtschaft 1911/12, S. 29.

Partei ist in einer Person Fiduziar und Fiduziant der anderen![229])

Zu so abstrusen Ergebnissen führt, folgerichtig durchgeführt, die herrschende Meinung über die Sicherungsübereignung, weil sie sich nicht entschließen kann, einzugestehen, daß es sich hier im Grunde um eine gewohnheitsrechtlich wieder aufgekommene simple Verpfändung der Außenstände unter Vermeidung der unbequemen Anzeige an den Drittschuldner handelt. Die Buchforderungen werden nicht diskontiert, sondern beliehen. Der Bankier will nicht diskontieren, das heißt kaufen, sondern nur eine Sicherheit haben; er bezahlt die Forderungen ja auch nicht voll[230]).

Eine andere Ansicht hinsichtlich der Einziehungsbefugnis des Schuldners vertritt Hoeniger[231]). Er will wenigstens die abermalige fiduziarische Rückzession an den Schuldner zu Einziehungszwecken vermeiden und meint, dieser ziehe einfach als Unberechtigter ein, aber die Zahlung an ihn habe gemäß §§ 407, 408 BGB. befreiende Wirkung für den Drittschuldner, der infolge der Unterlassung der Anzeige ja keinerlei Kenntnis von den ganzen Vorgängen hat[232]).

Faßt man die Sache aber als eigentümliches Pfandrecht in Zessionsform auf, so wird man auch hier einfacher pfandrechtliche Grundsätze analog anwenden und zu einer Einziehungsbefugnis des Schuldners kraft Vereinbarung (§§ 1281, 1284 BGB.) kommen können. Das Ergebnis stimmt dann insofern mit Hoeniger überein, als mit der Zahlung des Drittschuldners an den sogenannten Diskontnehmer die dingliche Sicherheit des Diskonteurs aufhört, weil der Diskontnehmer Eigentümer der eingehenden Beträge wird. Deshalb Hoenigers Ergebnis: Die sogenannte Diskontierung von Buchforderungen gewährt keine fortlaufende Realsicherheit.

---

229) So auch Landmann, a. a. O., S. 234, Anm. 3. Zu ganz ähnlichen Ergebnissen kommt Boeck (Diss., S. 42 und Anm. 3 daselbst) schon bei Warenlagern, indem er die Sicherungsübereignung als Kombination einer fiduziarischen Uebereignung an den Gläubiger und einer an den Schuldner zurücklaufenden Ermächtigung, „ein gewissermaßen umgekehrtes fiduziarisches Geschäft", auffaßt. — Koch, Bank-Arch. 18. Jahrg., S. 156 f. übergeht die Schwierigkeit.

230) So Hoeniger, Diskontierung, S. 7, vgl. Warenlager, S. 41. Zweifelnd Türk, a. a. O., S. 1004.

231) Diskontierung, S. 17.

232) a. a. O., S. 16, vgl. S. 24 ff., S. 37.

Allerdings ist das nicht so beängstigend, wie Hoeniger meint. Denn wirtschaftlicher Gegenstand dieser wie jeder anderen Sicherungsübereignung an Sachgesamtheiten ist ja nicht so sehr die einzelne Forderung als vielmehr die Gesamtheit der sich stets erneuernden Außenstände. An Stelle einer eingezogenen Forderung tritt also dem Wesen der ganzen Sicherstellung nach nicht deren Erlös, bei dem, wie Hoeniger mit Recht feststellt, die Realsicherheit dann aufhört, sondern eine neue Forderung mit abermaliger dinglicher Verhaftung[233]).

So oder so aufgefaßt: in jedem Falle bleibt, wenn man an der Diskontierungskonstruktion festhält, auch hier das Erfordernis einer Rückzedierung an den Schuldner nach Erlöschen der Forderung des Diskonteurs an ihn.

So spricht auch Hoeniger[234]) von der obligatorischen Verpflichtung des Diskonteurs zur Rückzedierung, wenn der Sicherungszweck erfüllt sei. Aber wo wird sie wirklich erfüllt? Die Konstruktion des Verzichtes auf die Sicherheit[235]) und damit die eines Pfandrechtes liegt näher. Das gibt Hoeniger in gewisser Weise zu, wenn er für den Fall des Konkurses des Diskontnehmers zu der vom „Diskontierungs"-Standpunkt unlogischen Forderung kommt: der Diskonteur sei nur absonderungsberechtigt. Denn die Sicherungszession werde hierbei (!), wenn man nicht zu ganz unangemessenen Ergebnissen kommen wolle, der Forderungs-Verpfändung gleichgestellt werden müssen, also sei § 64 KO. analog anzuwenden[236]) [237]).

> Nicht nur hierbei, sondern überhaupt. Dann steht die rechtliche mit der tatsächlichen Auffassung im Einklang.

---

233) So auch Marck, Sicherungsübereignung, S. 57 f.

234) a. a. O., S. 21.

235) Marck, a. a. O., S. 63, tritt seiner grundsätzlichen Einstellung gemäß auch hier für auflösende Bedingung ein.

236) a. a. O., S. 46, vgl. S. 48, S. 12.

237) a. M. Marck, a. a. O., S. 58, der für Aussonderung eintritt, weil er den Diskonteur als „wahren, vollberechtigten Gläubiger" auffaßt (a. a. O., S. 63).

SCHLUSS.

§ 10.

Die Sicherungsübereignung als Pfandrecht.

Verzicht auf das Eigentum und Rückfall des Gegenstandes an den Sicherungsgeber sind unvereinbar. Damit verliert die schon im Besitzkonstitut angreifbare, im Konkurs durchlöcherte, in der Zwangsvollstreckung wankende Konstruktion der wirklichen Eigentumsübertragung eine weitere Stütze, und die Sicherungsübereignung zeigt sich immer deutlicher als gewohnheitsrechtlich[238]) entwickeltes, im Gewande einer Eigentumsübertragung auftretendes spezifisches Pfandrecht[239]).

Wenn das gleichwohl nicht offen zugegeben wird[240]), sondern die Sicherungsübereignung als Eigentum von Ge-

---

238) von Tuhr, a. a. O., II, 2, S. 197, leugnet bei der kurzen Zeit der Geltung des BGB. ein Gewohnheitsrecht. Seitdem sind Jahrzehnte vergangen. Für Gewohnheitsrecht (aber ohne Pfandrecht) Wolff, Sachenrecht, § 163, I, 1d; Enneccerus, a. a. O., § 139, II, 4b; Raape, a. a. O., S. 51; Hoeniger, Bank-Arch. 26. Jahrg., S. 265 (vgl. ebenda S. 396). — A. A. Fuchs, JW. 1928, S. 614; Marck, a. a. O., S. 72; Pagel, Recht und Handel 1926, S. 593.

239) Neue Untersuchungen darüber bei Wilhelm Fuchs, „Scheinhändel. Juristische Untersuchungen über Scheinmanöver aller Art und die Prinzipienfragen der Scheingeschäftslehre", Göttingen 1918. Fuchs kommt zu dem Ergebnis, die Sicherungsübereignungen seien ihrem offenbaren primären Normeninhalt nach auch juristisch von Verpfändungen nicht zu unterscheiden.

240) Im Grunde sind manche offiziell die herrschende Meinung vertretende Kommentatoren gar nicht so weit davon entfernt. Nur das Wort „Pfandrecht" will nicht über ihre Lippen. So heißt es bei Staudinger-Kober, § 929, Anm. VIII, 2d, S. 455: die Sicherungsübereignung sei „etwas mehr als bloße Pfandbestellung".

schlecht sich zu Geschlechte schleppt, so dürfte das in erster Linie am Ressentiment des Reichsgerichtes wie der Rechtswissenschaft liegen, die sich dagegen sträuben, eine durch die Hintertür eingeschmuggelte Mobiliarhypothek anerkennen zu sollen, nachdem man auf die „mit den großen deutschrechtlichen Gedanken" der Publizität und Spezialität sauber abgeschlossene historische Entwicklung so stolz war[241]). Es liegt dem Deutschen, einem System zuliebe vor den Tatsachen die Augen zu verschließen.

Der Erfolg ist danach: Um die Publizität des Pfandrechtes zu retten, hat man unversehens einen viel wichtigeren Pfeiler der Rechtsordnung, den Eigentumsbegriff, beschädigt und zudem eine überspannte, dem Verkehr unverständliche Konstruktion geschaffen. Der Verkehr braucht einfache Rechtsverhältnisse. Daß bei großen Unternehmungen die Sicherungsübereignung folgsam nach reichsgerichtlichen Vorschriften aufgezogen wird, beweist nichts für die Brauchbarkeit dieser Künsteleien im Leben der nicht juristisch geschulten Bevölkerungskreise.

So wie die Dinge wirtschaftlich heute liegen, ist die Sicherungsübereignung unentbehrlich. Ihre Heimlichkeit ist ein Uebel, das noch Dutzenden anderer Rechtsinstitute, insbesondere jeder Eigentumsübertragung nach § 930 BGB. anhaftet[242]). Jedes Abzahlungsgeschäft nach § 455 BGB., jeder Wechsel eröffnen dem Betrüger ungeahnte Möglichkeiten. Will man solcher Möglichkeiten wegen die Sicherungsübereignung in Grund und Boden verdammen, so müßte man, wie Kohler einmal gesagt hat[243]), die Hälfte der Verkehrsordnung streichen. Findet man sich aber mit ihr ab, dann soll man, nachdem zugelassen wurde, daß der Sicherungsgeber pro possessore besitzt und aussondert, der Sicherungsnehmer absondert und verzichtet, auch endlich zugeben, daß hier ein neues Pfandrecht entstanden ist[244]).

---

241) So spricht auch Schmitt, DJZ. 1912, S. 1042 vom Unmut über die Störung der reinen Linien des Pfandrechtes.

242) Darauf macht schon Endemann aufmerksam: a. a. O., II, § 136, Anm. 25, § 80, 3b; so auch Wolff, Sachenrecht, § 163, I, 1d.

243) Arch. Bürg. Recht, Band 18, S. 61.

244) Dafür auch Boeck, Leipz. Z. 1922, S. 241 (vgl. derselbe Diss., S. 37); Grünebaum, a. a. O., S. 585, bezeichnet die Sicherungsübereignung als Kryptopfand.

Dann würde auch die vom Reichsfinanzhof in einseitig fiskalischem Interesse glücklicherweise vergeblich versuchte Abschneidung der Interventionsklage Allgemeingut der Rechtsprechung werden, und damit nicht nur eine krasse Unlogik, sondern auch einer der Hauptangriffspunkte verschwinden, der sich gerade gegen die Sicherungsübereignung als Eigentumsübertragung richtete. Denn die ewigen Interventionsklagen sind es, die den Verruf der Sicherungsübereignung begründet haben. Ein Gesichtspunkt, der Hellwig zu der Bemerkung veranlaßt: gegenüber der Sicherungsübereignung mit § 771 ZPO. sei die Mobiliarhypothek mit § 805 ZPO. ja überhaupt ein großer Rechtsfortschritt [245]).

So ist nicht nur vom Standpunkt der Rechtslogik und Konstruktion, sondern auch von dem der Interessenabwägung die Auffassung der Sicherungsübereignung als Pfandrecht die glücklichere.

Daß dieser Auffassung die Nutzung des Gegenstandes durch den Schuldner entgegenstehe, behauptet das Kammergericht: Das Pfandrecht nehme dem Schuldner jeden Einfluß auf die Pfandstücke, während die Sicherungsübereignung ihm die Nutzungsmöglichkeit lasse [246]). Das Pfandrecht nimmt dem Schuldner aber keineswegs diesen Einfluß, sondern nur das bürgerlich-rechtliche. Daß ein solches vorliege, wird nicht behauptet.

Ebensowenig stichhaltig ist ein anderer Einwand: Das Pfandrecht sei akzessorisch zur Forderung, die Sicherungsübereignung nicht, folglich könne sie kein Pfandrecht sein [247]).

Dem ist entgegenzuhalten, daß es genug Pfandrechte ohne Akzessorietät gibt. Im Liegenschaftsrecht die Grundschuld. Auch die Verkehrshypothek ist nicht streng akzessorisch, die Auswechselbarkeit der Forderung spricht dagegen. Ganz und gar nicht akzessorisch ist das Bodmereipfandrecht, durchaus nicht, wie man in Lehrbüchern liest, nur noch eine Art juristischen

---

245) Hellwig, Recht und Wirtschaft, a. a. O., S. 31. Vgl. auch Klang, ebenda S. 357; Schmitt, DJZ. 1912, S. 1045; neuerdings Weinberg, Fragen des Gläubigerschutzes, 1926.

246) KG. 8. 12. 27 JW. 1928, S. 971; ganz anderer Ansicht OLG. Königsberg 4. 10. 27. JW. 1928, 242.

247) So Ackermann, a. a. O., S. 23, 54; auch Bruck, a. a. O., S. 107.

Kuriosums, sondern mir im Chartergeschäft in Buenos Aires noch im Jahre 1926 recht lebendig begegnet. Nicht akzessorisch ist ferner das landesrechtliche Pfandrecht an eingebrochenen Tieren, nicht akzessorisch das Pfandrecht des Pfandleihers.

Bei einer solchen Fülle von Ausnahmen kann von einer dem Pfandrechtsbegriff immanenten Akzessorität keine Rede sein. Der Begriff duldet keine Ausnahme. Die Auffassung, zum Pfandrechtsbegriff gehöre natürlich eine Forderung[248]), ist unhaltbar. Auch von dieser Seite her bestehen keine Bedenken.

---

248) Ackermann, a. a. O., S. 28. Unrichtig auch die Begründung zum Entwurf des Gesetzes betr. Einführung des Registerpfandes seitens Keinath und Genossen, Drucksachen des Reichstages III, Wahlperiode 1924/26, Nr. 1811, A, 3. Abschnitt.

LEBENSLAUF.

Ich bin am 12. August 1899 als Sohn des damaligen Oberzollrats Robert Lorentz und seiner verstorbenen Frau Elsa, geb. Rust, in Schwerin i. M. geboren und habe die Gymnasien in Neustrelitz, Schwerin und das Fichtegymnasium in Berlin besucht. Dann nahm ich als Kriegsfreiwilliger, später als Offizier, beim Meckl. Jägerbataillon Nr. 14 am Kriege teil, bis ich 1918 in Frankreich schwer verwundet wurde.

Nach dem Kriege hielt ich mich — teils in kaufmännischen Stellungen, teils auf Reisen — in China, Japan, Südafrika, Brasilien und Argentinien auf, kehrte 1926 nach Deutschland zurück und widmete mich in Hamburg und Rostock dem Studium der Rechte. Am 21. Oktober 1929 bestand ich hier die erste juristische Prüfung, am 26. Oktober die Doktorprüfung.